Münster.1930 № 6 Jur. Diss.

Die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Karl Dannenberg
Referendar aus Magdeburg.

47 42

Gedruckt bei Heinr. & J Lechte, Emsdetten (Westf.)

1930

Referent: Herr Prof. Dr. Kreller.
Korreferent: Herr Prof. Dr. Naendrup.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555425_0113

Jnhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung 1

A. Definitionen und Abgrenzungen 2

1). Der Arbeitnehmer 2

2) Die Angehörigen 5

3). Die Mitarbeit 6

B. Die Rechtsbeziehungen der mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers zu diesem und zu seinem Arbeitgeber . . 7

I. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen 7

1) Die familienrechtliche Seite 7

a). Der Arbeitnehmer und seine mitarbeitende Ehefrau (§ 1356 Abs. 2 BGB.) 7

b. Der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Kinder (§ 1617 BGB) 23

2) Die arbeitsrechtliche Seite 37

a). Die Eigengruppe 37

b). Das Gehilfenverhältnis 43

II. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers . 47

1). Die privatrechtliche Seite. 48

a). Die Eigengruppe 49

b). Das Gehilfenverhältnis 53

2). Die versicherungsrechtliche Seite 61

a). Die in unmittelbaren Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers 62

b). Die in mittelbaren Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers 63

c). Die in keinen Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers 64

d) Anhang Die mitarbeitenden Angehörigen von Kleinakkordanten 66

Schlußwort 67

Literaturverzeichnis.

Bail: Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe nach Reichsrecht. Berlin 1912.

Baum: Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Berlin 1912.

— Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten über den Entwurf eines Gesetzes über Betriebsräte (zitiert: Bericht). Nr. 1838 der Drucksachen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung.

Breslauer, Walter: Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe. Göttinger Dissertation. 1914 .

Büsing: Der Gruppenarbeitsvertrag. Altona 1926.

Coulin: Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder. Archiv für Bürgerliches Recht. 42. Bd. S. 376 ff.

Dalberg: Dienstverschaffungsverträge, JW. 1911, S. 140 ff.

Dernburg: Deutsches Familienrecht. Halle 1903.

Dersch: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920. Mannheim, Berlin, Leipzig 1920.

Dersch: Das neue Angestelltenversicherungsgesetz. Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.

*Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Abteilung: Recht der Schuldverhältnisse. Von Enneccerus. 18.—22. Aufl. Marburg 1923.

*Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Abteilung: Das Familienrecht. Von Kipp und Wolff. 18. bis 20. Auflage. Marburg 1928.

— Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (zitiert: Entwurf) nebst Denkschrift (zitiert: Denkschrift). Herausgegeben von der Reichsarbeitsverwaltung. Berlin 1923.

Erdel: Das Arbeitsrecht. 2. Teil. Individuelles Arbeitsrecht. Leipzig 1924.

Feig-Sitzler: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920. Berlin 1920.

Feist, Hermann: Die Tätigkeit der Frau in der elterlichen Haus- und Berufsgemeinschaft im Rahmen des § 1356 BGB. Marburger Dissertation. 1906.

Flatow: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920. 12. Aufl. Berlin 1927.

Goldbaum: Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926. Berlin 1927.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Dritter Band. Familienrecht. Berlin 1921.

Grote: Der Gruppenakkord. Aus: Der Akkordlohn, Arbeitsrechtliche Seminarvorträge III. Herausgegeben von Kaskel. Berlin 1927.
Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.
Hanow, Hoffmann, Lehmann, Mabeling: Kommentar zur Reichsversicherungsordnung. 4. Aufl. Berlin 1922.
Hedemann: Selbständige Gruppen im Arbeitsverhältnis. NZfA. 1924. Sp. 257 ff.
Hoerle: Ueber die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353 bis 1361 BGB. Archiv für Bürgerliches Recht, 31. Bd. 1908.
Hoffmann: Lohnarbeitsverhältnis zwischen Ehegatten. Recht, XIV. Jahrg. Sp. 649 ff.
Hueck: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze. Jherings Jahrbücher, Bd. 74. S. 358 ff.
*Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Erster Band von Hueck. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
Ihrig: Rechtsfragen beim Gruppenakkordvertrage. München und Leipzig 1916.
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.
Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Aufl. Berlin 1928.
Klöpfer, Alfred: Das Arbeitsverhältnis der Familienangehörigen auf Grund des BGB. und im Arbeitsrecht. Ungedruckte Tübinger Dissertation 1924.
Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.
Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Arch. civ. Prax. N.F. 2. Bd. 1924, S. 3 ff.
Krüger, Hugo: Besprechung von Opet, Verwandtschaftsrecht, in Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 28. Bd. S. 767 ff. (Grünhuts Zeitschr.).
Leers, Henry: Die rechtliche Stellung der Frau im Hause. Marburger Dissertation. 1913.
Leewog, Johann Otto: Die rechtliche Stellung der Frau im Haushalt und Gewerbe des Mannes (§ 1356 BGB.). Marburger Dissertation. 1927.
Levin-Guradze: Der „Innenarbeitgeber". ArbR. 1924, Sp. 663 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. I. Bd. Leipzig 1902.
Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts. Mannheim, Berlin, Leipzig 1923.
Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht. Berlin und Leipzig 1923.
Mirre: Verträge zwischen Eltern und Kindern über die Vergütung von Diensten. Deutsche Steuerzeitung, XI. Jahrg. 1922, Sp. 841 f.
Molitor: Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. RABl. 1924, NAT. S. 81 ff.
Molitor: Verträge über Arbeit, die einem Dritten geleistet werden soll. SchlWes. 1926 S. 89 f.

Molitor: Der Begriff des Arbeitnehmers. SchlWes. 1926 Heft 1 u. 2.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.
Müller, Otto: Das Recht des Mannes auf die Tätigkeit seiner Ehefrau im gemeinschaftlichen Hauswesen der Ehegatten und im Beruf des Mannes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 1356). Marburger Dissertation. 1927.
Neustadt: Kritische Studien zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Band: Das Eherecht. Berlin 1907.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1929.
Oertmann: Gehaltsansprüche der Ehefrau? DJZ. 1911 Sp. 124 ff.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe. Berlin 1923.
Opet: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
*Opet und v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.
Oppermann: Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses. ArbR. XIII. Jahrg. 1926.
Pansegrau, Bruno: Die Rechtsstellung der dem elterlichen Hausstand angehörenden Kinder nach BGB. Rostocker Diss.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1928.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Bd. 1. Hälfte. Familienrecht. Berlin und Leipzig 1928.
Potthoff: Beiträge zur Kritik und Reform. ArbR. IX 1922 Sp. 28 ff.
Potthoff: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht. Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig, 5. Heft. Leipzig, Erlangen 1925.
Preller, Erich: Die Rechtsstellung volljähriger Kinder im Hausstande der Eltern. §§ 1617—1619 BGB. Marburger Dissertation 1913.
— Reichsversicherungsordnung mit Anmerkungen. Herausgegeben von Mitgliedern des Reichsversicherungsamts. (zitiert: RVO. der Mitgl.) Berlin 1927.
Richter, Lutz: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Schriften... (siehe Potthoff.) 3. Heft. Leipzig und Erlangen 1923.
Richter, Lutz: Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. RABl.1924, NAT. S. 230ff.
Scheffler: Gruppenarbeit. Schriften... (siehe Potthoff) 14. Heft. Berlin 1927.
Schlegelberger: Das Landarbeiterrecht. Berlin 1907.
Schmidt-Habicht: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd. München 1907.
Schmincke-Sell: Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl. Stuttgart 1928.

Schroeder, Hans Ernst: Der Dienstverschaffungsvertrag. Rostocker Dissertation. 1914.
Schwarzschild: Die Dienste der Kinder im Hauswesen und Geschäfte der Eltern. Marburger Dissertation. 1904.
Scriba, Ludwig: Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis. Marburger Dissertation. 1910.
Silberschmidt: Das Deutsche Arbeitsrecht, I. Bd. München, Berlin, Leipzig 1926.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts. Jena 1927.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1926. 3. Aufl.
Spahn: Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.
J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München, Berlin, Leipzig 1926. 9. Aufl.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1924.
Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Teil I. Die allgemeinen Wirkungen der Ehe. Düsseldorf 1900.
Wölbling: Der Akkordvertrag und der Tarifvertrag. Berlin 1908.
* = nur mit dem Namen der Verfasser zitiert.

Abkürzungen.

Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts (AN.).

Anleitung des Reichsversicherungsamts über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und gegen Krankheit versicherten Personen (Anl.).

Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausgegeben von Heinz Potthoff. Stuttgart. (ArbR.).

Das Recht (Recht).

Das Schlichtungswesen, Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse im Deutschen Reiche, (Schl.Wes.).

Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Leipziger Zeitschrift (LZ.).

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Motive).

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, herausgegeben von Dersch, Sitzler und Syrup, Mannheim, Berlin, Leipzig, (NZfA.).

Reichsarbeitsblatt. Nichtamtlicher Teil. (RABl.NAT.).

Archiv für die zivilistische Praxis (Arch.ziv.Prax.).

Einleitung.

Um die wirtschaftliche Lage eines großen Teiles unserer Volksgenossen ist es so bestellt, daß die Arbeit des Familienvaters allein nicht ausreicht, um seine Bedürfnisse und die seiner Angehörigen mit dem Ertrage seiner Arbeit befriedigen zu können. Seine Angehörigen müssen vielmehr selbst mitarbeiten, um den Bedarf der Familie zur Beschaffung des Lebensunterhalts zu decken. Andererseits liegt auf der Seite des Arbeitgebers oft ein Bedarf an Arbeit vor, die er zweckmäßigerweise am besten durch eine Familie verrichten lassen kann, weil die Einstellung von nicht miteinander in Familienbeziehungen stehenden Arbeitnehmern leicht zu Unträglichkeiten führen kann, die weder in seinem noch im Interesse der Arbeitnehmer liegen.

Einige Beispiele mögen dies erläutern. Der Eigentümer eines Hauses stellt einen verheirateten Portier an, der für die Ueberwachung des Verkehrs im Hause, für die Ausführung kleiner Reparaturen, für die Beleuchtung der Aufgänge usw. Sorge tragen soll, während seine Ehefrau und vielleicht auch seine Tochter die Reinigung der Treppen, Hausböden, Keller usw. zu übernehmen haben. In einem anderen Falle bestellt eine studentische Verbindung einen Mann als Couleurdiener und Hausmeister, dessen Ehefrau die Reinigung des Verbindungshauses und das Kochen des Essens für den Mittagstisch der Verbindung zu besorgen hat. Der Instmann[1]) (in Westfalen Heuerling oder Kötter) endlich ist außer zu seiner persönlichen Arbeit regelmäßig verpflichtet, dem Gutsherrn einen oder zwei Scharwerker (Hofgänger) zu stellen. Diese Scharwerker sind nach Möglichkeit seine Ehefrau und seine schulentlassenen Kinder.

Aus diesen Beispielen ergibt sich, daß die Mitarbeit von Angehörigen des Arbeitnehmers eine häufig vorkommende

[1]) vgl. Schlegelberger S. 44.

Erscheinung in unserem Wirtschafts- und Arbeitsleben ist. Im Folgenden soll nun versucht werden, die Rechtsbeziehungen aufzudecken, die durch die Mitarbeit von Angehörigen einmal zwischen ihnen und dem Arbeitnehmer, besonders aber zwischen ihnen und dem Arbeitgeber entstehen.

A. Definitionen und Abgrenzungen.

Wenn die folgenden Untersuchungen von den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers handeln sollen, so ist es erforderlich, zunächst einmal auf die Begriffe einzugehen, die sich mit den Worten „Arbeitnehmer" und „Angehöriger" verbinden, um den Umfang dieser Untersuchungen genau umgrenzen zu können.

1). Der Begriff des Arbeitnehmers gehört zu den vielen Begriffen, mit denen wir im täglichen Leben infolge ihres überaus häufigen Vorkommens ständig zu operieren haben. Dieses tägliche Indieerscheinungtreten des Begriffes „Arbeitnehmer" mag den Gesetzgeber — wie so oft — dazu veranlaßt haben, diesen Begriff bei der Gesetzgebung als bekannt vorauszusetzen. Denn in keinem Gesetz findet sich eine allgemein gültige[2]) Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs.

Es ist also der Wissenschaft im Verein mit der Praxis überlassen worden, für eine Festlegung dieses Begriffes Sorge zu tragen. Die Wissenschaft mußte feststellen, daß dieser Begriff sich einer wissenschaftlichen Behandlung gegenüber ebenso spröde verhielt, wie so viele andere Begriffe, mit denen das Leben Tag für Tag als „selbstverständlich bekannten" arbeitet. Die Praxis konnte ihrer spezialisierten Einstellung[3]) gemäß garnicht zu einem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff kommen; sie hat denn auch nicht einmal einen in diese Richtung gehenden Versuch unternommen.

---

[2]) Die „Definitionen" beispielsweise in § 10 BRG. oder § 5 AGG. sind nur für diese Gesetze bestimmt und sagen im Grunde recht wenig, da sie lediglich eine Zerlegung des Oberbegriffs „Arbeitnehmer" in „Arbeiter", „Angestellte" und „Lehrlinge" enthalten.

[3]) Arbeitsgerichtsbehörden, Schlichtungsbehörden, Versicherungsbehörden und Arbeitsämter haben ja nur einzelne Gebiete des Arbeitsrechts besonders anzuwenden.

Die Bemühungen der Wissenschaft, den Begriff des Arbeitnehmers festzulegen, führten naturgemäß zu ganz verschiedenen Ergebnissen, die man jedoch in zwei Gruppen zusammenfassen kann, wobei allerdings zu bemerken ist, daß eine ganz erhebliche Anzahl von Definitionen zwischen diesen Gruppen steht. Der Hauptunterschied dieser beiden Gruppen besteht darin, daß auf der einen Seite[4]) zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft der Abschluß eines Vertrages und die Arbeitsleistung gegen Entgelt gefordert wird, während man auf der anderen Seite[5]) von diesen Erfordernissen absieht und die tatsächliche Arbeitsleistung in dem Betrieb eines anderen zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft genügen läßt.

Die Schriftsteller, die das Vorliegen eines Vertrages fordern[6]), geben zum Teil selbst zu, daß Ausnahmefälle möglich sind, in denen ohne Vorliegen eines Vertrages die Arbeitnehmereigenschaft vorhanden ist. So hält auch Kaskel[7]) die Heimarbeiter[8]) wenigstens wirtschaftlich für Arbeitnehmer, so werden allgemein die auf Grund des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. Januar 1923 zwangsweise (§ 7) Eingestellten als Arbeitnehmer angesehen, so leugnet man auch nicht die Arbeitnehmereigenschaft derer, die auf Grund eines aus irgend einer Ursache nichtigen Arbeitsvertrages Arbeit leisten. Diese Fälle sind immerhin so zahlreich, daß man sie nicht als unbedeutende Ausnahmen unberücksichtigt sein lassen darf, wenn man einen Begriff des Arbeitnehmers aufstellen will, der dem Leben in seiner bunten Vielgestalt gerecht werden soll und Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben will.

---

[4]) vgl. für alle: Kaskel S. 66.
[5]) vgl. für alle: Kreller, Arch. ziv. Prax. NF. 2 S. 8.
[6]) Kaskel a. a. O., Hueck, Lehrbuch S. 33, Melsbach S. 22, Büsing S. 60.
[7]) vgl. S. 71.
[8]) Es ist bei ihnen in Wahrheit zwar kein Dienstvertrag vorhanden, aber doch ein Werk- oder Werklieferungsvertrag oder eine Reihe von solchen Verträgen.

Aehnlich verhält es sich mit dem Erfordernis des Entgelts, das Kaskel[9]) für begriffswesentlich ansieht. Es sind so zahlreiche Fälle denkbar[10]), in denen man von einem Arbeitnehmer sprechen muß, ohne daß dieser ein Entgelt erhält, daß man mit der herrschenden Meinung[11]) das Entgelt nicht als Begriffsmerkmal des Arbeitnehmers gelten lassen kann.

So kommt man zu einer Ablehnung der Gruppe von Definitionen, die Vertrag und Entgelt als wesentliche Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs enthalten.

Die andere Gruppe geht von den tatsächlichen Lebensverhältnissen aus. Ihre Vertreter haben richtig erkannt, daß der Begriff des Arbeitnehmers mehr ein wirtschaftlicher als ein rechtlicher ist. Alle Definitionen dieser Gruppe[12]) laufen darauf hinaus, daß Arbeitnehmer die Personen sind, die in einem Arbeitsverhältnisse, dessen Entstehungstatbestand nicht unbedingt ein Vertrag sein muß[13]), abhängige[14]) Arbeit leisten. Ohne auf die einzelnen Definitionen näher einzugehen, soll hier nur gesagt werden, daß Kreller[15]) den Vorschlag macht, das Merkmal der Berufsmäßigkeit[16]) in den Begriff des Arbeitnehmers mit aufzunehmen, um die auf Grund Gesetzes unentgeltlich tätig werdenden Familienangehörigen des Arbeitge-

---

[9]) vgl. a. a. O., ferner Oertmann S. 9, Feig § 10 Anm. 3, Goldbaum § 5 Anm. II.

[10]) Beispiel: Ein kaufmännischer oder technischer Angestellter, der zur Probe einen Monat unentgeltlich arbeiten muß, bevor er endgültig eingestellt wird, ist zweifellos Arbeitnehmer.

[11]) vgl. Hueck, Lehrbuch 33, Jacobi 60, Kreller 7, Silberschmidt 22, 338, Richter, ArbR. a. Rbegr. 15, 20, Melsbach 22, Sinzheimer 117, Potthoff AR IX Sp. 29, Molitor, SchlWes. 1926 S. 27. Klöpfer S. 55 f.

[12]) vgl. etwa Jacobi S. 58 ff., Kreller a. a. O. S. 8 f., S. 13 ff. Oppermann AR. 1926, Sinzheimer S. 32 f., Potthoff a. a. O., Klöpfer S. 51.

[13]) Molitor, RABl. 1924 NAT. S. 82 links, Molitor-Hueck-Riezler S. 38, Richter RABl. 1924 NAT. S. 230 ff., Kreller a. a. O., Potthoff a. a. O., Molitor, SchlWes. 1926 S. 28, Dersch BRG. § 10 Anm. 3c.

[14]) Auf dieses Merkmal näher einzugehen, erübrigt sich, da es unbestritten ist, und deshalb in verschiedener Form in jeder Definition erscheint.

[15]) vgl. a. a. O. S. 7.

[16]) das übrigens auch Kaskel verlangt.

bers auszuscheiden. Dem ist mit Hueck[17]) entgegenzuhalten, daß ein Werkstudent, der sich etwa als Bergarbeiter hat einstellen lassen, diese Arbeit sicher nicht berufsmäßig[18]) ausübt und doch zweifellos Arbeitnehmer ist. Man sieht an diesem Beispiel, daß es nicht die Berufsmäßigkeit ist, die einen in den Betrieb eines Arbeitgebers Eingestellten zum „Arbeitnehmer" macht. Der Werkstudent wird Bergarbeiter, um seinen Güterbedarf befriedigen zu können.

So kommt man zu dem Begriff der „Arbeit zu Erwerbszwecken", der m. E. ein taugliches, allgemeingültiges Merkmal eines jeden Arbeitnehmers ist und auch der wirtschaftlichen Seite des Begriffs „Arbeitnehmer" gerecht wird. Seine gesetzliche Stütze findet dieses Merkmal des Erwerbszwecks in § 10 Abs. 2 Ziff. 2 BRG., in dem zum Ausdruck gebracht wird, daß die Personen nicht als Arbeitnehmer gelten, „deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerbe dient". Es hat also auch der Gesetzgeber erkannt, daß die dem Erwerb gewidmete Tätigkeit[19]) ein Kennzeichen des Arbeitnehmers ist, eine Tatsache, die von der Literatur m. W. noch nicht beachtet ist.

Unter Berücksichtigung dieser Ausführungen erscheinen die Personen als Arbeitnehmer, die zum Zwecke ihres Erwerbs in den Betrieb eines anderen (des Arbeitgebers) zur Arbeitsleistung eingestellt sind[20]).

2). Der Begriff der „Angehörigen" oder deutlicher der „Familienangehörigen", mit dem auch der Gesetzgeber[21]) arbeitet, kann seiner Natur nach kein fest begrenzter sein. Des-

---

[17]) im Lehrbuch S. 34. Vgl. ferner Sinzheimer S. 33.

[18]) Man kann m. E. nicht einmal „nebenberuflich" sagen (vgl. Kaskel S. 66 f. unter F.), weil der Nebenberuf in gewissen, wenn auch nur losen Beziehungen zum Hauptberuf stehen muß.

[19]) Erwerbsmäßigkeit ist nicht dasselbe wie Entgeltlichkeit. Ich kann erwerbsmäßig tätig sein, ohne ein Entgelt zu erhalten, wie ein Gewerbe betrieben werden kann, ohne daß ein Gewinn erzielt wird. Die Tätigkeit braucht nur auf die spätere Erzielung eines Gewinnes gerichtet zu sein. Deshalb sind auch Lehrlinge als Arbeitnehmer anzusehen.

[20]) In dem Merkmal der Einstellung zur Arbeitsleistung kommt auch die „Abhängigkeit" zum Ausdruck.

[21]) vgl. § 10 Abs. 1 BRG., ferner § 1 des Hausarbeitsgesetzes.

halb hat auch wohl der Gesetzgeber keine Legaldefinition dieses Begriffs gegeben[22]). Eine derartige Begriffsbestimmung könnte aber auch schon deshalb für diese Untersuchung nicht in Frage kommen, weil es sich im Betriebsrätegesetz wie im Hausarbeitsgesetz um Angehörige des Arbeitgebers handelt. Ferner zwingt der Zweck der Bestimmung des § 10 Abs. 1 BRG., der die Familienangehörigen des Arbeitgebers von den Arbeitnehmern im Sinne des Betriebsrätegesetzes ausschließt, zu einer verhältnismäßig weiten Ausdehnung des Kreises der Familienangehörigen, um eine Einwirkung von Interessen des Arbeitgebers, die dessen Angehörige vertreten könnten, auf die Funktionen der Arbeitnehmerschaft auszuschließen.

Zu einer derartig weiten Ausdehnung des Begriffs der Familienangehörigen besteht für die vorliegende Untersuchung kein Anlaß, da schon die in der Einleitung gewählten Beispiele zeigen, daß eine Mitarbeit anderer Angehöriger des Arbeitnehmers als der Ehefrau und der Kinder praktisch kaum in Frage kommt[23]). Da auch nur diese Personen zu der eigentlichen Familie im Sinne des heutigen Sprachgebrauchs zählen, werden sich die folgenden Ausführungen nur mit der Ehefrau und den Kindern des Arbeitnehmers beschäftigen.

3). Endlich bedarf der Begriff der „Mitarbeit" einiger Erläuterung, um seine Begrenzung scharf zu umreißen.

In jeder Familie ist es — und wäre es auch ohne gesetzliche Bestimmung[24]) — üblich und selbstverständlich, daß die Ehefrau und die im Haushalt befindlichen Kinder Arbeiten verrichten, deren Umfang sich vor allem nach der sozialen Stellung der Familie und ihrer Mitglieder richtet[25]). Hier ist es gleichgültig, ob der Familienvater Arbeitnehmer oder Arbeitgeber ist oder keiner dieser sozialen Gruppen angehört. Um diese Mitarbeit kann es sich bei dieser Untersuchung, wie jetzt schon ersichtlich ist, nicht handeln. Wenn

---

[22]) Ein diesbezüglicher Antrag in dem Ausschuß für soziale Angelegenheiten wurde abgelehnt (Vgl. Bericht S. 36).

[23]) Zu denken wäre höchstens an die Mitarbeit von Enkeln oder Pflegekindern, doch würde diese gegenüber der Mitarbeit fremder Personen kaum rechtlich erhebliche Besonderheiten aufweisen.

[24]) nämlich §§ 1356 und 1617 BGB.

[25]) Darauf ist weiter unten noch näher einzugehen.

hier von den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers die Rede ist, so geht schon daraus hervor, daß wir es hier mit der Mitarbeit zu tun haben, die die Angehörigen an der Arbeit leisten, welche der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber schuldet.

B. Die Rechtsbeziehungen der mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers zu diesem und zu seinem Arbeitgeber.

I. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen.

Wenn die Angehörigen des Arbeitnehmers diesem bei seiner Arbeit Mitarbeit leisten, so werden sie das nicht so sehr aus einer idealen Erwägung heraus tun, etwa weil diese Tätigkeit vom sittlichen Standpunkt aus als besonders lobenswert erscheinen mag, es wird sie in den weitaus häufigsten Fällen vielmehr die bittere Notwendigkeit zu ihrem Verhalten zwingen, nämlich die Notwendigkeit, den Lebensunterhalt zu beschaffen, den der Familienvater allein mit seinem Arbeitslohn nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stellen kann. Diese Notwendigkeit der Mitarbeit der Angehörigen an der Arbeit des arbeitnehmenden Familienoberhaupts hat auch der Gesetzgeber erkannt: Er hat[26]) in den §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. eine der Ehefrau und den Kindern obliegende Mitarbeitspflicht festgesetzt, deren Erörterung für das Verständnis der zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen bestehenden Beziehungen notwendig ist.

1). Die familienrechtliche Seite.

a). *Der Arbeitnehmer und seine mitarbeitende Ehefrau (§ 1356 BGB.).*

Von der im § 1356 Abs. 2 BGB.[27]) statuierten Arbeitspflicht der Ehefrau im Hauswesen und Geschäfte des Mannes

[26]) Dieser wirtschaftliche Grund ist natürlich nicht das Hauptmotiv für die Einfügung der §§ 1356 und 1617 in das BGB. gewesen.

[27]) „Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist."

scheidet für unsere Betrachtung die Tätigkeit der Ehefrau im Hauswesen des Mannes aus. Wenn auch die Wichtigkeit gerade dieser „Hausfrauenarbeiten" nicht verkannt werden soll, so hat doch diese Art der ehefraulichen Tätigkeit mit dem Gegenstande unserer Untersuchung nichts zu tun, da es sich hier um die Mitarbeit handelt, wie sie auf S. 6 umschrieben ist. Dort wurde ausgeführt, daß wir es hier mit der Mitarbeit der Ehefrau an der Arbeit, die ihr Ehemann seinem Arbeitgeber schuldet, zu tun haben.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob diese Mitarbeit eine Pflicht der Ehefrau ist, die sich aus § 1356 Abs. 2 BGB. ergibt. Zu diesem Zweck sind zunächst die Voraussetzungen und der Umfang der Mitarbeit der Ehefrau im Geschäft des Mannes zu prüfen.

1). Es muß sich um Arbeiten im Geschäft des Mannes handeln. Man wird sich also zu fragen haben, was unter dem „Geschäft" des Ehemannes zu verstehen ist. Dieser Ausdruck, den der Gesetzgeber auch noch im § 1617 verwendet, und der dort dieselbe Bedeutung haben muß wie hier[28]) [29]), ist nicht sehr glücklich gewählt, da er zu verschiedenartiger Deutung Anlaß geben kann.

Die engste Auslegung ist die, die sich an den im Volksmund damit verbundenen Begriff anlehnt. Der Volksmund nennt ein Geschäft ein Verkaufslokal, und spricht so von Lebensmittelgeschäften, Bekleidungsgeschäften usw. Eine solch enge Auslegung wird in der Literatur nicht vertreten; für sie wäre auch, wie die weiteren Ausführungen ergeben werden, kein Raum. Die Ansicht, die Wolff[30]) vertritt, kommt dieser Auslegung aber sehr nahe. Er versteht unter dem „Geschäft" ein „gewerbliches Unternehmen". Diese Definition ist zweifellos zu eng. Es besteht kein Grund zu der Annahme, daß nur die Ehefrauen Gewerbetreibender zu einer Mitarbeit im Geschäfte ihres Mannes verpflichtet sein sollen. Selbst

---

[28]) Er wird dort auch in demselben Zusammenhang gebraucht („Hauswesen und Geschäft").

[29]) Die Literatur zu § 1617 kann daher in dieser Beziehung auch hier verwertet werden.

[30]) vgl. Wolff, S. 107, ähnlich Scriba S. 71.

wenn man mit Scriba[31]) zugibt, daß dieser Fall praktisch am häufigsten vorkommt, so ist das doch kein Grund für eine ganz einseitige Verpflichtung der Ehefrauen Gewerbetreibender. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Ehemann, der ein gewerbliches Unternehmen betreibt, die Mitarbeit seiner Frau in seinem Geschäft verlangen kann, während Ehemännern, die anderen Ständen angehören, dieses Recht nicht gegeben sein soll. Eine solche Ungerechtigkeit darf man dem Gesetzgeber nicht zuschieben.

Andere Schriftsteller haben richtig erkannt, daß mit dem Ausdruck „Geschäft" des Mannes auch eine anderweitige berufliche Tätigkeit gemeint sein muß. So definieren Schmidt-Habicht[32]) das Geschäft als „das die wirtschaftliche Grundlage der Ehegemeinschaft bildende Berufs- und Geschäftsleben des Mannes". Diese Definition, der sich Hörle[33]) und Leers[34]) angeschlossen haben, stützt sich auf die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[35]), in denen gesagt wird, daß nach deutscher Auffassung auch das Geschäfts- und Berufsleben von der ehelichen Gemeinschaft ergriffen werde. Wenn diese Definition auch gegenüber der von Wolff aufgestellten den Vorzug hat, daß sie sich nicht auf gewerbliche Unternehmen beschränkt, so ist ihr Mangel darin zu erblicken, daß sie das Wort „Geschäft", welches sie erklären will, in der Definition verwendet, ein Umstand, der zur Klarheit und Deutlichkeit beizutragen wenig geeignet ist. Ferner erscheint es überflüssig, zu verlangen, daß das Geschäft die „wirtschaftliche Grundlage der Ehegemeinschaft" bildet, da auch die nicht diese Grundlage bildende Tätigkeit des Mannes sein Geschäft ist[36]).

---

[31]) vgl. S. 71.
[32]) vgl. § 1356 Anm. 4, b, ß.
[33]) vgl. S. 125.
[34]) vgl. S. 44.
[35]) vgl. Bd. IV S. 107.
[36]) Ob allerdings auch die Ehefrau in diesem Geschäft zur Arbeit verpflichtet ist, ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist, da sie zu den anderen Voraussetzungen des § 1356 Abs. 2 gehört. Hier kommt es auf eine Definition des Wortes „Geschäft" an, die gleichzeitig auch für § 1617 Gültigkeit beanspruchen kann.

Eine Abstellung dieser Mängel bringt die Definition, die Opet[37]) aufgestellt hat: „Geschäft bezeichnet jede dem Erwerb dienende, eine Mitarbeit der Frau duldende Tätigkeit des Mannes wie den Betrieb eines Handwerks, eines Handelsgeschäfts, eines Zweiges der Urproduktion". Diese Definition kommt dem Begriff des Geschäfts, wie er im § 1356 Abs. 2 BGB. gemeint sein muß, am nächsten. Wenn Leers[38]) sagt, an dieser Definition sei treffend, daß die Tätigkeit des Mannes eine Mitarbeit der Frau dulden müsse, so ist das an sich richtig. Es handelt sich dabei aber nicht um ein Begriffsmerkmal des Geschäfts des Mannes, sondern es ist eine Selbstverständlichkeit, die sich zudem noch aus den übrigen Voraussetzungen des § 1356 Abs. 2 BGB.[39]) ergibt. Man kann dieses Merkmal daher ruhig fallen lassen und kommt dann zu folgender Definition: Geschäft des Mannes ist seine Erwerbstätigkeit[40]).

Diese Begriffsbestimmung bedarf der Erläuterung. Wenn man die Literatur zu § 1356 Abs. 2 BGB. betrachtet, so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die Schriftsteller fast ausnahmslos der Meinung zu sein scheinen, unser Volk setze sich in seinem werktätigen Teile aus kleinen Gewerbetreibenden und Landwirten zusammen; denn immer wieder[41]) findet man in den Beispielen für ein Geschäft die Tätigkeit der Handwerker, kleinen Kaufleute und Urproduzenten, sodaß man fast zu der Ansicht kommen muß, daß von diesen Autoren wirtschaftliche Selbständigkit des Ehemannes in seinem Geschäft verlangt wird[42]). Das kann aber nicht der Wille des Gesetzes sein, wenn man nicht dem Gesetzgeber den Vorwurf machen will, sein Gesetz sei unsozial. Es besteht wirklich kein Grund zu der Annahme, daß der Gesetz-

---

[37]) vgl. § 1356 Anm. 4 a. Ebenso Leewog S. 24.
[38]) vgl. S. 44.
[39]) und zwar aus der Ueblichkeit.
[40]) Aehnlich Müller S. 19.
[41]) vgl. Opet § 1356 Anm. 4 a, Leewog a. a. O., Leers a. a. O., Scriba a. a. O., Preller S. 25, Pansegrau S. 26 f.
[42]) wie es ja Wolff a. a. O. ohne Zweifel tut. Vgl. auch Preller a. a. O., auf den weiter unten noch näher einzugehen sein wird.

geber den Männern aus den wirtschaftlich im allgemeinen besser als die Arbeitnehmer dastehenden Kreisen der Gewerbetreibenden und Landwirte das Recht auf die Mitarbeit der Frau in ihrem Geschäfte geben will, während den Arbeitnehmern dies Recht versagt sein soll. Es ist daher unbedenklich auch die Tätigkeit des Arbeitnehmers zu dem Geschäft des Mannes zu zählen[43]). Aus den Worten des Gesetzes ergibt sich wenigstens nicht, daß mit dem „Geschäft" des § 1356 Abs. 2 BGB. nur die Erwerbstätigkeit der Nichtarbeitnehmer gemeint sein soll.

2). Nun ist die Frau nicht unbeschränkt zu Arbeiten im Geschäfte des Mannes verpflichtet. § 1356 Abs. 2 BGB. legt ihr diese Verpflichtung nur insoweit auf, als „eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist". Diese Einschränkung hat ein subjektives und ein objektives Element[44]). Einmal muß die Ehefrau nach der an dem Orte, wo sich das Geschäft des Mannes befindet, herrschenden Anschauung zur Mitarbeit verpflichtet sein, andererseits ist die Arbeitspflicht nur gegeben, wenn die Frau „mit Rücksicht auf die individuelle Gestaltung der Ehe, wie die soziale, pekuniäre Lage des Ehepaars, und auf ihre persönliche Eignung der Aufforderung des Mannes zur Vornahme der fraglichen Arbeiten nachzukommen hat".[44]) Das ist herrschende Meinung[45]) und zwar mit Recht; denn Sinn und Wortlaut des Gesetzes lassen eine andere Auslegung nicht zu.

Man wird also von Fall zu Fall entscheiden müssen, ob eine Arbeitspflicht der Frau im Geschäfte des Mannes besteht. Auch für die Ehefrauen der Arbeitnehmer kann man eine derartige Arbeitspflicht nicht allgemein aufstellen. Die Erwerbstätigkeit der Arbeitnehmer kann nämlich so geartet sein, daß sie entweder aus rechtlichen (§ 613 BGB.) oder aus tatsächlichen Gründen eine Mitarbeit der Frau nicht zuläßt. Gründe

[43]) So auch Müller S. 19, der als Beispiel für „die dem Erwerb dienende Tätigkeit" auch ein „Lohnarbeitsverhältnis (bergmännische Tätigkeit)" anführt. Wie allerdings die Ehefrau dem Bergmann in seiner Erwerbstätigkeit helfen soll, ist unerfindlich.

[44]) vgl. Opet § 1356 Anm. 4, c, Hörle S. 125, Müller S. 21.

[45]) vgl. Fußnote 44) und Schmidt-Habicht § 1356 Anm. 4, c, Hörle S. 125, Müller S. 21, Klöpfer S. 7.

tatsächlicher Art liegen dann vor, wenn die Tätigkeit des Mannes außergewöhnliche Körperkraft verlangt, die die Frau entweder nicht besitzt oder deren Betätigung ihr billigerweise nicht zugemutet werden kann, oder wenn zur Ausübung der Tätigkeit ein hohes Maß von Bildung oder technischer Fertigkeit notwendig ist, die die Frau nicht aufweisen kann[46]). Wenn man aber die tatsächlichen Verhältnisse des Lebens betrachtet, so kann man feststellen, daß in den wirtschaftlich am schwächsten dastehenden Kreisen der Arbeitnehmerschaft die Frau regelmäßig zur Mitarbeit im Geschäft des Mannes gemäß § 1356 Abs. 2 BGB. verpflichtet ist[47]), sofern keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse der geschilderten Art im Wege stehen.

3). Es fragt sich weiter, ob die Frau für ihre Tätigkeit ein Entgelt vom Manne beanspruchen kann. Zunächst ist festzustellen, daß die Frau zu den Arbeiten in dem dargelegten Umfang gesetzlich verpflichtet ist, und daß das Gesetz einen etwaigen Anspruch auf Entgelt mit keinem Worte erwähnt. Aus diesem Grunde kann die Frau kein Entgelt für ihre im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. geleistete Tätigkeit verlangen[48]). Das entspricht dem Sinn der Bestimmung des § 1356, die ein Korrelat zu der unbedingten Unterhaltspflicht des Mannes (§ 1360 Abs. 1 BGB.) darstellt[49]). Nun ist es mög-

---

[46]) Es soll damit nicht gesagt sein, daß die Frau nur zu rein mechanischen Dienstleistungen verpflichtet ist. Es gehören hierhin vielmehr Arbeiten aller Art, auch solche, die „einige technische Fertigkeit und ein gewisses Maß von Ausbildung des Geschmacks und Schönheitssinns" erfordern (RGZ. 64, S. 326). Man wird aber immer eine Grenze zu ziehen haben, die ihre Grundlage in der Billigkeit hat. Vgl. auch Klöpfer S. 11.

[47]) weil „eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist". Man betrachte z. B. die Frau des Instmanns, die im Sommer zur Zeit der Ernte tagaus, tagein schwere Feldarbeit zu verrichten hat. Trotzdem überschreitet diese Arbeit nicht den Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB.

[48]) vgl. Wolff a. a. O. S. 107, Opet § 1356 Anm. 5, Planck § 1356 Anm. 7, Warneyer, § 1356 Anm. II, Staudinger § 1356 Anm. 6, Soergel, Anm. zu § 1356, Oertmann Sp. 125, Hörle S. 127, Leewog S. 28, Leers S. 52, Müller S. 23, Klöpfer S. 13.

[49]) vgl. Wolff a. a. O. Das widerlegt die Ansicht Neustadts S. 212, der dem Gesetz Inkonsequenz vorwirft, weil dieser Pflicht der Frau keine ähnliche Pflicht des Ehemannes gegenüberstehe.

lich, daß der Ehemann seiner Frau trotzdem ein Entgelt verspricht oder zahlt. Ueber die rechtliche Natur dieses Versprechens bzw. dieser Zahlung gehen die Meinungen auseinander. Die herrschende Ansicht[50]) nimmt in diesem Falle ein Schenkungsversprechen bzw. eine Schenkung an. Zu diesem Ergebnis kommt sie auf Grund folgender Gedankengänge: Die aus § 1356 Abs. 2 BGB. resultierende Arbeitspflicht beruhe auf dem sittlichen Wesen der Ehe; auf das dieser Pflicht entsprechende Recht könne daher wirksam nicht verzichtet werden. In einem Entgeltsversprechen liege aber ein Verzicht auf die sich aus § 1356 ergebende unentgeltliche Mitarbeit der Frau[51]). Das Entgelt könne daher nicht den Charakter einer Gegenleistung haben, da die Leistung der Dienste ja ohnedies geschuldet würde. Mithin sei die Zuwendung Schenkung, das Versprechen Schenkungsversprechen.

Die Frage, ob ein Entgelt für die im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. geleistete Arbeit der Frau möglich ist, dreht sich also darum, ob der Mann auf sein Recht aus § 1356 Abs. 2 verzichten kann. Gegenüber der herrschenden Meinung, die einen Verzicht für unmöglich hält, weil die Arbeitspflicht auf dem sittlichen Wesen der Ehe beruhe, erheben sich schwerwiegende Bedenken. Auf dem sittlichen Wesen beruhen heißt zum sittlichen Fundament gehören. Damit zeigt sich schon die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung. Denn es kann niemand im Ernst behaupten, daß die Mitarbeit der Frau zum sittlichen Fundament der Ehe gehört; sie gehört vielmehr zur wirtschaftlichen Grundlage der Ehe. Diese wirtschaftliche Grundlage können die Ehegatten völlig frei gestalten, ohne an irgendwelche Bestimmungen gebunden zu sein, da ja auch die Festsetzung des ehelichen Güterstandes, abgesehen von § 1433 BGB. im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit des bürgerlichen Rechts der freien Vereinbarung überlassen ist. Damit ist bewiesen, daß die Ehegatten nicht nur Vereinbarungen über

[50]) vgl. Opet § 1356 Anm. 5, Planck § 1356 Anm. 7, Warneyer § 1356 Anm. II, Staudinger, § 1356 Anm. 6, Oertmann Sp. 125, Hörle S. 127, Leewog, S. 28 ff., Leers S. 52, Müller S. 23 ff., Klöpfer S. 21 f.

[51]) So: Staudinger, § 1356 Anm. 7, Warneyer, § 1356 Anm. II, Hoffmann Sp. 649, Leewog S. 29.

den Umfang der Arbeitspflicht treffen können[52]), sondern daß der Ehemann sogar auf sein Recht aus § 1356 Abs. 2 BGB. verzichten kann. Diese Gesetzesbestimmung enthält demnach kein zwingendes Recht[53]), wie fast ausnahmslos[54]) angenommen wird[55]): Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wird besonders augenscheinlich, wenn man die Inkonsequenz der herrschenden Meinung betrachtet: Einmal erklärt sie die Bestimmung des § 1356 Abs. 2 BGB. für zwingendes Recht, andererseits gestattet sie Vereinbarungen über den Umfang und die Begrenzung der ehefraulichen Arbeitspflicht. Wenn § 1356 Abs. 2 BGB. jus cogens enthält, dann ist kein Raum für Vereinbarungen, die notwendigerweise die vom jus cogens scharf gezogene Grenze überschreiten und verwischen müssen; denn wenn das nicht der Fall wäre, brauchten keine Vereinbarungen geschlossen zu werden, weil sie doch nur das enthalten könnten, was das Gesetz schon bestimmt.

Aus der Feststellung, daß ein Verzicht auf das Recht aus § 1356 Abs. 2 BGB. möglich ist, ergibt sich nun, daß die Abrede eines Entgelts oder die tatsächliche Gewährung eines solchen möglich ist, ohne daß dieses als unentgeltliche Zuwendung anzusehen wäre, da in der Abrede wie in der Zahlung regelmäßig ein Verzicht auf die Dienste aus § 1356 Abs. 2 BGB. erblickt werden muß, wodurch die gesetzliche Pflicht zur Mitarbeit wegfällt. Es stehen sich also dann Leistung und

---

[52]) Solche Vereinbarungen halten für möglich: Staudinger Anm. 7, Warneyer Anm. III, Planck Anm. 9, Opet Anm. 9, Soergel Anm. zu § 1356, Leewog S. 28, Leers S. 67 ff.

[53]) Das zeigt auch die Analogie von § 1614 BGB. Auf S. 12 war festgstellt, daß die Arbeitspflicht der Ehefrau ein Korrelat ist zu der unbedingten Unterhaltspflicht des Ehemannes. Während nun § 1614 BGB. (§ 1360 Abs. 3) den Anspruch auf Unterhalt für die Zukunft für unverzichtbar erklärt, ist für den Anspruch des Ehemannes auf Arbeitsleistung der Ehefrau eine solche Bestimmung nicht getroffen.

[54]) Ausnahmen: Breslauer S. 45, Scriba S. 74.

[55]) Auch die Stellung der fraglichen Bestimmung ist kein Grund dafür, daß § 1356 Abs. 2 BGB. jus cogens enthalten muß. Nach solchen Aeußerlichkeiten darf man sich schon mit Rücksicht auf die Tatsache nicht richten, daß auch in anderen Fällen die Stellung der Paragraphen des BGB. nicht ausschlaggebend für ihren Charakter ist.

Gegenleistung gegenüber, sodaß von einer Schenkung keine Rede mehr sein kann[56]).

Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Reichsgericht[57]) mit einer etwas abweichenden Begründung. Es betont, daß es sich bei der Frage nach dem Umfang der Mitarbeit um die „Würdigung tatsächlicher Verhältnisse" handelt, „die dem subjektiven Ermessen weiten Spielraum läßt". Die Beantwortung dieser Frage sei in erster Linie Sache der Eheleute selbst. Wenn die Eheleute ein Entgelt vereinbarten, dann nähmen sie insoweit eine Verpflichtung der Ehefrau aus § 1356 Abs. 2 BGB. nicht an, wodurch der Charakter der Schenkung ausgeschlossen würde.

Bisher war nur von dem Entgelt für die im Rahmen von § 1356 Abs. 2 BGB. geleisteten Dienste der Ehefrau im Geschäfte des Mannes die Rede. Wenn nun schon ein Entgelt für diese Dienste möglich ist, dann muß das für über § 1356 Abs. 2 BGB. hinausgehende Arbeiten erst recht der Fall sein können. Das wird allgemein anerkannt[58]).

Wenn man nun die Lebensverhältnisse der Arbeitnehmer ins Auge faßt, deren Ehefrauen in ihrem „Geschäfte" mitarbeiten, so kann man zweierlei als regelmäßig feststellen: Arbeiten im „Geschäfte" des Mannes, die über den Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. hinausgehen, kommen für diese Verhältnisse praktisch kaum vor. Wenn z. B. die Ehefrau eines Zeitungsausträgers diesem beim Austragen hilft, so wird diese Tätigkeit sich immer im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. halten, es sei denn, daß der Ehemann die Frau nur zu seiner Bequemlichkeit heranzieht. Das wird aber in der Regel nicht der Fall sein, selbst dann nicht, wenn der Austräger dadurch

---

[56]) Selbst wenn der Verzicht schenkungshalber erfolgt sein sollte, so ist das doch keine Schenkung im Sinne der §§ 516 ff. BGB., weil nach § 517 BGB. eine Schenkung nicht vorliegt, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt.

[57]) vgl. RGZ. Bd. 64 S. 327 f. Vgl. ferner RG. in LZ. 1916 Sp. 1363, Wolff S. 107, Soergel a. a. O., Crome S. 235, Breslauer S. 46, Lotmar I S. 257.

[58]) vgl. Staudinger Anm. 7, Soergel a. a. O., Warneyer Anm. II, v. Blume Anm. 5, Planck Anm. 10, Oertmann Sp. 125 f., Hörle S. 127, Leewog S. 30, Leers S. 57, KG. in JW. 1921 S. 6357, RG. in LZ. 1916 Sp. 1363.

mehrere Stunden weniger zu arbeiten hätte. Denn die Zeitungen müssen schnellstens in die Hände der Leser gelangen. Er müßte also ohne die Hilfe der Ehefrau einen kleineren Bezirk übernehmen und würde dadurch weniger verdienen, da die Entlohnung nach der ausgetragenen Stückzahl der Zeitungen berechnet wird. In anderen Fällen der Mitarbeit von Ehefrauen[59]) kommt man zu ähnlichen Ergebnissen.

Weiterhin erhält die mitarbeitende Ehefrau des Arbeitnehmers regelmäßig kein Entgelt von diesem für ihre Tätigkeit innerhalb oder außerhalb des Rahmens des § 1356 Abs. 2 BGB. Einmal ist der Arbeitnehmer zu einer Entlohnung wirtschaftlich meist garnicht in der Lage, andererseits müßte die Ehefrau das erhaltene Entgelt, das Vorbehaltsgut werden würde (§ 1367 BGB.), ja doch für den Haushalt verwenden, da in diesem Falle der um das gezahlte Entgelt verringerte Lohn des Ehemannes zur Bestreitung des Unterhalts seiner Familie meist nicht ausreichen wird, die Ehefrau also nach Maßgabe der §§ 1371, 1427, 1360, 1601 BGB. das erhaltene Entgelt doch wieder für den Haushalt aufwenden müßte.

Man sieht aus diesen Ausführungen, daß die Frage des Umfangs der Mitarbeit und des dafür zu zahlenden Entgelts praktische Bedeutung für die mitarbeitende Ehefrau des Arbeitnehmers kaum besitzt, daß diese Frage vielmehr nur für Ehefrauen selbständiger Gewerbetreibender und sonstiger Unternehmer von Wichtigkeit ist.

4). Während es sich bei der Untersuchung der Voraussetzungen und des Umfangs der Mitarbeit der Ehefrau um familienrechtliche Fragen handelte, führten die Ausführungen über das Entgelt schon in schuldrechtliche Regionen. Bei noch weiterem Eindringen in dieses Gebiet stoßen wir auf die Frage, ob und welche schuldrechtlichen Vorschriften für dieses auf Grund des § 1356 Abs. 2 BGB. bestehende „Arbeitsverhältnis" zwischen den Ehegatten zur Anwendung kommen können. Wir kommen damit auf ein, wenn auch nicht unerforschtes, so doch umstrittenes Gebiet. Allen Abhandlungen über diesen Punkt ist — um das vorwegzunehmen — eigentümlich, daß sie nur über die Mitarbeit der Ehefrauen

[59]) vgl. die Beispiele auf S. 1 f.

sprechen, deren Männer wirtschaftlich selbständige Arbeit leisten, die also nicht Arbeitnehmer sind. Obwohl dadurch ganz andere Beziehungen entstehen, müssen die vertretenen Meinungen hier kurz gestreift werden. Da für die im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. geleistete Arbeit nach herrschender Ansicht kein Entgelt im Sinne einer Gegenleistung gezahlt werden kann, so läßt man für dieses Rechtsverhältnis die Regeln des Auftrags Anwendung finden, soweit sie nicht dem Wesen der Ehe widersprechen[60]). Für die über § 1356 Abs. 2 BGB. hinausgehenden Dienstleistungen können nach herrschender Ansicht die Regeln des Dienstvertrags unmittelbar oder analog angewendet werden[61]). In diesem Falle könne die Frau also Arbeitnehmerin des Mannes sein. Dieser letzteren Ansicht ist zuzustimmen. Aber auch im ersten Falle muß das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten nach Dienstvertragsgrundsätzen behandelt werden.

Die Abgrenzung des Auftrags vom Dienstvertrag ist nicht unstreitig. Während vielfach die Ansicht vertreten wird, daß alle unentgeltlichen Dienstleistungen irgendwelcher Art unter den Auftrag zu bringen seien[62]), wird neuerdings behauptet[63]), daß die unentgeltlichen Dienstleistungen, die nicht auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet sind, überhaupt nicht gesetzlich geregelt seien. Der letzteren Ansicht ist der Vorzug zu geben, da Dienstleistungen tatsächlich etwas anderes sind als Geschäftsbesorgungen und im § 662 BGB. nur von Geschäftsbesorgungen die Rede ist. Daß auch das Gesetz einen Unterschied zwischen beiden macht, ergibt sich aus § 675 BGB. Während nun Oertmann a. a. O. für unentgeltliche Dienstleistungen die Regeln des Auftrags entsprechend anwenden will, die Anwendung der Regeln des Dienstvertrages aber nur ausnahmsweise zulassen will, erscheint gerade in diesen Fällen die Behandlung des Rechtsverhältnisses zwischen den

---

[60]) vgl. Leers S. 51.

[61]) vgl. Leers S. 57, Leewog S. 31, Planck Anm. 10, Warneyer Anm. II, gleicher Ansicht wohl auch Staudinger Anm. 7.

[62]) vgl. Planck, Vorbem. II zu § 662; Enneccerus § 380 Fußnote 5.

[63]) vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse, Vorbem. 2 zu § 662 ff. Dortselbst weitere Literatur.

Ehegatten nach Dienstvertragsgrundsätzen durchaus berechtigt[64]), wenn man schon einmal sagt, daß ein Unterschied zwischen Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen besteht.

Der Umfang der auf dieses Verhältnis anzuwendenden Dienstvertragssätze ist sehr klein, da die durch die Ehe bedingte Lebensgemeinschaft eine Reihe von Dienstvertragsgrundsätzen ohne weiteres unanwendbar macht. Es kommt hauptsächlich § 618 BGB. für das Verhältnis zwischen den Ehegatten in Frage[65]). Das alles gilt aber wohlgemerkt zunächst nur für den Fall, daß der Ehemann wirtschaftlich selbständig, d. h. kein Arbeitnehmer ist.

Es erhebt sich nun die Frage, ob auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und seiner mitarbeitenden Ehefrau die Regeln des Dienstvertrags anwendbar sind. Man wird sich hier zweierlei zu fragen haben: einmal, wem die Ehefrau des Arbeitnehmers die Arbeit zu leisten verpflichtet ist, zweitens, wem sie die Arbeit tatsächlich leistet.

Bei der Beantwortung der ersten Frage ist vorweg zu bemerken, daß sich die Mitarbeit der Frau des Arbeitnehmers regelmäßig in den Grenzen des § 1356 Abs. 2 hält, die hier, wie bereits ausgeführt wurde[66]), sehr weit gezogen sind. Diese Arbeit hat die Frau ihrem Ehemann zu leisten. Die Beantwortung der zweiten Frage ist wesentlich schwieriger. Man muß sich hier die tatsächlichen Lebensverhältnisse vor Augen führen, um zu einem Ergebnis gelangen zu können. Die Frau des Instmannes z. B., die sich wie eine Tagelöhnerin an den Erntearbeiten für das Gut zu beteiligen hat, leistet die Arbeit tatsächlich nicht ihrem Ehemann, sondern unmittelbar dem Gutsbesitzer. Ebenso verhält es sich mit der Arbeit der Portiersfrau. Anders dagegen liegen die Dinge bei der Mitarbeit der Ehefrau eines Hausarbeiters[67]) oder eines Zeitungsausträgers, also eines Arbeitnehmers, dessen Lohn nach der Anzahl der bemalten Stücke bzw. der ausgetragenen Zeitungen berechnet wird. Hier wird die Arbeit nicht unmittelbar dem Ar-

[64]) wie das auch das OLG. Bamberg in Rspr. Bd. 12 Seite 84 tun will.

[65]) vgl. Hachenburg S. 7 f., Klöpfer S. 90.

[66]) vgl. S. 12.

[67]) etwa eines Spielwarenmalers.

beitgeber des Mannes geleistet. Die Mittelsperson ist vielmehr der Ehemann, der die von der Frau bemalten Stücke bzw. ausgetragenen Zeitungen als seine Arbeit dem Arbeitgeber leistet. Der Unterschied zwischen den beiden Beispielgruppen liegt darin, daß in den beiden ersten Fällen dem Arbeitgeber des Mannes das Direktionsrecht auch hinsichtlich der Frau zusteht: der Gutsbesitzer hat zu bestimmen, welches Feld bearbeitet werden soll, welche Arbeiten dabei der Mann, welche die Frau zu übernehmen hat; der Hausbesitzer hat zu bestimmen, an welchen Tagen und gegebenenfalls in welcher Weise die Treppen, Keller, Böden usw. zu reinigen sind. In der zweiten Beispielgruppe liegt das Direktionsrecht dagegen beim Ehemann der mitarbeitenden Ehefrau: er hat ihr die Spielwaren zuzuweisen, die sie bemalen soll, auf seine Anordnung nimmt sie die Bemalung vor[68]); er hat zu bestimmen, welchen Lesern sie, welchen er die Zeitungen zu bringen hat.

In den Fällen der ersten Gruppe hat der Ehemann ferner nicht die sich aus § 618 BGB. ergebenden Verpflichtungen. Besonders deutlich ist das in dem Falle des Instmannes: Er hat zweifellos nicht für den guten Zustand der Arbeitsgeräte und Arbeitsräume zu sorgen; er hat auch nicht die Pflicht, Vorkehrungen zum Schutze der Gesundheit und des Lebens zu treffen; denn es steht ihm ja nicht das Direktionsrecht zu. Anders ist das etwa im Falle des Spielwarenmalers; er hat die Pflichten des § 618 BGB. zu erfüllen. Seine Ehefrau leistet ja ihm die Arbeit, sie arbeitet nach seinen Anordnungen.

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist also folgendes: Wenn die auf Grund und im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. mitarbeitende Ehefrau des Arbeitnehmers ihre Arbeit tatsächlich unmittelbar dessen Arbeitgeber leistet, so können die Regeln des Dienstvertrages auf das Verhältnis zwischen den Ehegatten nicht angewendet werden[69]). Leistet die mitarbei-

[68]) Gleichgültig ist es, daß der Mann die Stücke von seinem „Verleger" erhalten hat, und daß dieser ihm die Art und Weise der Bemalung vorgeschrieben hat. Das bedeutet aber nicht, daß der „Verleger" ein Direktionsrecht gegenüber dem Manne hat; dieses Recht steht ihm nicht zu (vgl. Hueck, Lehrbuch S. 46, Kaskel S. 71).

[69]) Der Ehemann hat mit dem Unternehmer bzl. seiner Ehefrau einen Dienstverschaffungsvertrag abgeschlossen, auf Grund

tende Ehefrau des Arbeitnehmers dagegen ihre Arbeit nur mittelbar an dessen Arbeitgeber, unmittelbar an ihren Mann, so finden die Regeln des Dienstvertrages auf das Verhältnis zwischen den Ehegatten Anwendung, wie es auch der Fall ist, wenn der Ehemann kein Arbeitnehmer ist.

Wie liegen nun die Verhältnisse, wenn die Ehefrau des Arbeitnehmers entweder gegen Entgelt oder in weiterem Umfange, als es ihrer Pflicht nach § 1356 Abs. 2 entspricht, einerseits ohne, andererseits gegen Entgelt im „Geschäfte" ihres Mannes tätig wird? Fälle, die, wie bereits ausgeführt wurde[70]), praktisch nur selten vorkommen werden.

Mitarbeit der Frau im Rahmen des § 1356 Abs. 2 BGB. gegen Entgelt ist möglich[71]). Wenn der Instmann seiner Frau für ihre Arbeit bei seinem Arbeitgeber ein Entgelt verspricht, so liegt darin ein — eventuell teilweiser — Verzicht auf sein Recht aus § 1356 Abs. 2 BGB. An den tatsächlichen Verhältnissen ändert sich dagegen nichts. Die Frau hat weiter nach den Anweisungen des Gutsbesitzers zu arbeiten, der auch jetzt die Pflichten aus § 618 BGB. hat. In dem Rechtsverhältnis der Ehegatten ist jedoch eine Aenderung eingetreten. Die familienrechtliche Arbeitspflicht hat aufgehört. Die Mitarbeit kann nicht mehr durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens „erzwungen" werden. An ihre Stelle ist eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Arbeit getreten, die mit der Klage aus dem Vertrage, vorbehaltlich der auch hier maßgebenden Grenze des § 888 Abs. 2 ZPO., erzwungen werden kann. Die Frage ist, welcher Vertrag das sein kann.

---

dessen er dem Unternehmer gegenüber verpflichtet ist, die Unterwerfung seiner Ehefrau unter dessen Direktionsrecht herbeizuführen, wie diese aus § 1356 Abs. 2 BGB. dem Ehemann gegenüber verpflichtet ist, sich dem Direktionsrecht des Unternehmers zu unterwerfen. Aus diesen beiden Bindungen heraus kann man das Bestehen unmittelbarer Beziehungen aus § 618 BGB. zwischen dem Unternehmer und der Ehefrau herleiten. Zwischen den Ehegatten können daher Dienstvertragsgrundsätze nicht zur Anwendung kommen, da der praktisch allein in Frage kommende § 618 BGB. unmittelbar zwischen Unternehmer und Ehefrau angewendet werden muß. Das ist der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Beispielgruppen.

[70]) vgl. S. 15 f.

[71]) vgl. S. 12 ff.

Es kann nur ein Dienstvertrag sein, der allerdings infolge der eigenartigen tatsächlichen Lage nur rudimentär zwischen den Ehegatten besteht, da wichtige Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis — wie bereits dargetan — dem Arbeitgeber des Mannes zustehen: Der Ehemann hat nur die Verpflichtung der Lohnzahlung gegenüber der Ehefrau, diese nur die Pflicht der Dienstleistung gegenüber dem Ehemann. Es gilt also § 611 BGB. Die im Zusammenhang mit der Vergütung stehenden Vorschriften müssen ebenfalls gelten. In Betracht kommen die §§ 612, 614, 615, 616 BGB. Daß auch § 613 BGB. zur Anwendung gelangen muß, bedarf keiner Ausführung.

Interessant ist die Frage, ob die Frau das Dienstverhältnis zu ihrem Mann kündigen kann, m. a. W. ob die Kündigungsvorschriften des Dienstvertragsrechts für das Verhältnis des Arbeitnehmers zu seiner gegen Entgelt mitarbeitenden Ehefrau gelten. Man könnte zunächst annehmen, daß das der Fall sein muß, da der Mann ja auf die gesetzlich vorgeschriebene Mitarbeitspflicht verzichtet hat und ihre Mitarbeit nur gegen Entgelt in Anspruch nehmen will. Eine solche Annahme ist jedoch unbefriedigend, weil der arbeitnehmende Mann durch ein Aufhören der Mitarbeit seiner Frau wirtschaftlich schwer geschädigt werden kann, da er dadurch seine Stellung verlieren kann; denn sein Arbeitgeber wird im allgemeinen nur dann ein Interesse an der Arbeit des Mannes haben, wenn dessen Ehefrau mitarbeitet. Deshalb scheint schon rein gefühlsmäßig ein Recht auf die Kündigung seitens der Ehefrau als ungerecht. Wie ist aber die rechtliche Lage? Man könnte daran denken, daß die Kündigung als Chikane gemäß § 226 BGB. unzulässig sei. Das dürfte unter Umständen in vereinzelten Fällen möglich sein und zwar dann, wenn die Kündigung nur den Zweck haben kann, dem Ehegatten Schaden zuzufügen[72]), aber nicht in allen Fällen. Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138) dürfte nur selten in der Kündigung zu erblicken sein. Man kann nur zu einem Ergebnis kommen, wenn man sich das Entstehen der Entgeltabrede und deren

[72]) also etwa, wenn die Frau nur aus dem Grunde kündigt, damit ihr Mann seine Stelle verliert.

Motive vor Augen führt. Der Mann wird den in der Entgeltabrede liegenden Verzicht nur unter der auflösenden Bedingung ausgesprochen haben, daß die Frau die ihr eigentlich gesetzlich obliegende Mitarbeit nunmehr freiwillig gegen Entgelt ausführt. Wenn die Frau das Dienstverhältnis zu ihrem Mann kündigt, so erlischt daher der Verzicht des Mannes auf das ihm durch § 1356 BGB. gegebene Recht auf Mitarbeit der Frau, und diese ist nunmehr wieder durch § 1356 Abs. 2 BGB. zur unentgeltlichen Mitarbeit gehalten.

Dasselbe muß der Fall sein, wenn — wie im Falle des Spielwarenmalers — die Frau ihre Arbeit unmittelbar ihrem arbeitnehmenden Mann und nur mittelbar dessen Arbeitgeber leistet.

Für die über § 1356 BGB. hinausgehende unentgeltliche Mitarbeit der Ehefrau des Arbeitnehmers muß im Verhältnis der Ehegatten dasselbe gelten, wie für die im Rahmen des § 1356 BGB. geleistete. Es geht nämlich nicht an, daß dem Ehemann für diese Arbeit etwa das Direktionsrecht nicht zustehen sollte, wenn er es für die auf Grund des § 1356 BGB. zu leistende besitzt, da die Mehrarbeit regelmäßig dieselben Dienstleistungen zum Inhalt haben wird wie die gesetzliche Mitarbeit. Ebenso steht es mit der Verpflichtung aus § 618 BGB. Der Unterschied liegt nur darin, daß die Frau zu dieser Arbeit gesetzlich nicht verpflichtet ist. Trotzdem wird sie die Arbeit dann nicht ohne weiteres verweigern können, wenn sie sich dazu einmal, sei es auch nur durch die tatsächliche Arbeitsleistung, verpflichtet hat. Man wird hier § 671 BGB. analog anzuwenden haben. Wie der Beauftragte nur in der Art kündigen darf, „daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt", so wird die Ehefrau die Mehrarbeit solange zu leisten haben, bis der Ehemann den Ausfall an ihrer Mehrarbeit in geeigneter Weise ausgleichen kann, es sei denn, daß sie einen wichtigen Grund hat, der etwa in Kränklichkeit oder plötzlich vermehrter Hausarbeit zu erblicken wäre.

Leistet endlich die Frau die Mehrarbeit gegen Entgelt, so muß ohne Zweifel dasselbe gelten, was für die bereits be-

sprochene entgeltliche Mitarbeit gilt, abgesehen von dem Kündigungsrecht. Während dort bei Kündigung der Frau der Verzicht des Mannes unwirksam wurde, kann das hier natürlich nicht der Fall sein, da ja die Mehrarbeit freiwillig übernommen wird, ohne daß der Mann darauf ein gesetzliches Recht hat, auf das er verzichten könnte. Hier müssen also auch die Kündigungsbestimmungen des Dienstvertragsrechts Platz greifen.

b) Der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Kinder. (§ 1617 *BGB.*)

In ähnlicher Weise wie die Mitarbeit der Frau im Hauswesen und Geschäfte des Mannes gesetzlich festgelegt und geregelt ist, so ist im § 1617 BGB.[73]) eine gesetzliche Pflicht für hausangehörige Kinder zu „Diensten"[74]) im Hauswesen und Geschäfte der Eltern geschaffen worden. Diese gesetzliche Bestimmung bedarf, soweit sie sich mit der Mitarbeit der Kinder im Geschäfte der Eltern befaßt — die Mitarbeit im Hauswesen interessiert auch hier nicht —, der Erörterung, und zwar sollen auch hier, wie bei der Erörterung der Mitarbeit der Frau, nicht nur die Voraussetzungen und der Umfang der gesetzlich festgelegten Mitarbeitspflicht untersucht werden, sondern es sollen zugleich die Folgen der Mitarbeit behandelt werden, die über den Rahmen von § 1617 BGB. hinausgeht. Die Regelung der Mitarbeit der Kinder im Geschäfte der Eltern ist nämlich wohl in ähnlicher Weise wie die der Ehefrau im Geschäfte des Mannes erfolgt; es bestehen aber immerhin doch so starke Abweichungen, daß eine eingehende Erörterung zum besseren Verständnis notwendig erscheint.

---

[73]) „Das Kind ist, solange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, verpflichtet, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten."

[74]) Daß diese „Dienste" dasselbe bedeuten wie die „Arbeiten" des § 1356 Abs. 2 BGB., bedarf keiner weiteren Ausführung. Vgl. auch v. Blume § 1617 Anm. 4, Pansegrau S. 12, Preller S. 25.

1). Das Kind ist (abgesehen von seiner Dienstpflicht im Hauswesen) zu Diensten im „Geschäfte" der Eltern verpflichtet. Man hat also zunächst zu prüfen, was hier unter dem „Geschäft" zu verstehen ist. Es wurde bereits auf S. 8 gesagt, daß der Begriff des „Geschäfts" des § 1356 Abs. 2 BGB. sich mit dem des § 1617 BGB. decken muß, weil er dort wie hier in demselben Zusammenhang (Dienst im „Hauswesen und Geschäfte") gebraucht wird. Ein Unterschied liegt nur darin, daß § 1356 vom Geschäfte des Mannes spricht, während im § 1617 BGB. vom Geschäfte der Eltern die Rede ist. Wenn dort das Geschäft des Mannes als seine Erwerbstätigkeit definiert wurde, so darf man hier also das „Geschäft" als die Erwerbstätigkeit der Eltern ansehen. Diese Definition, die ohne sachliche Abweichung auch v. Blume und Pansegrau[75]) vertreten, kann man als herrschende bezeichnen, zumal die Literatur in diesem Punkte sehr spärlich ist.

Einen eigenartigen Standpunkt vertritt Preller[76]): Nach seiner Meinung muß der Elternteil „dem Geschäfte oder Gewerbe gegenüber insofern eine unabhängige Stellung einnehmen, als er selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben muß". Konsequent hält er daher die Leistung von Diensten des Kindes im „Geschäft" eines Elternteiles für unmöglich, wenn dieser im „Geschäfte eines Dritten angestellt" ist[77]). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wurde bereits in den Ausführungen über § 1356 Abs. 2 BGB.[78]) dargelegt. Wenn Preller a. a. O. meint, seine Ansicht entspräche dem Willen des Gesetzgebers, weil sich aus den Motiven[79]) ergebe, daß die in Rede stehende Bestimmung „den natürlichen Verhält-

---

[75]) vgl. v. Blume § 1617 Anm. 4a, Pansegrau S. 26 f.

[76]) vgl. Preller S. 25.

[77]) So auch v. Blume § 1617 Anm. 4, der eine Mitarbeit auf Grund des § 613 BGB. für unmöglich hält. Daß § 613 BGB. nicht immer einschlägt, zeigen schon die Ausführungen über die Mitarbeit der Frau. Wenn v. Blume meint, es handele sich hier um Geschäfte eines anderen, so ist dem entgegenzuhalten, daß es sich aber um die Erwerbstätigkeit der Eltern handelt. Wem die Dienste tatsächlich unmittelbar zugutekommen, ist gleichgültig.

[78]) vgl. S. 10 f.

[79]) vgl. Bd. 4 S. 715.

nissen des Lebens, namentlich in den Kreisen kleinerer Gewerbebetriebe und Ackerwirtschaften" entsprechend getroffen sei, so ist dem entgegenzuhalten, daß das kein Beweis dafür ist, unter „Geschäft" nur wirtschaftlich selbständige Erwerbstätigkeit zu verstehen; die Tätigkeit kleiner Handwerker und Landwirte kann höchstens als Beispiel gewertet werden. Daß man dazu die vielleicht am häufigsten vorkommenden Fälle gewählt hat, ist wirklich nicht verwunderlich, oder ein Grund zur Annahme der von Preller vertretenen Meinung. Auch das Argument Prellers, in der zweiten Kommission[80]) sei ein Antrag, der die Pflicht zur Arbeit der Kinder im Geschäfte Dritter zum Inhalt hatte, abgelehnt worden, erweist sich als nicht stichhaltig, da dieser Antrag nur deshalb abgelehnt wurde, weil sich diese Pflicht schon aus dem Erziehungsrecht der Eltern ergebe[81]). Für Prellers Ansicht spricht also nichts, gegen sie spricht auch die Erwägung, daß seine Auslegung zu unerträglichen Härten führen würde, die der Gesetzgeber unter keinen Umständen gewollt haben kann. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb den Arbeitnehmern die Rechte genommen werden sollen, die den Nichtarbeitnehmern als selbstverständlich zugebilligt werden.

„Geschäft" der Eltern ist also ihre Erwerbstätigkeit. Jeder Elternteil kann nun eine eigene Erwerbstätigkeit haben. In wessen Geschäft dann das Kind mitzuarbeiten hat, wird später untersucht werden. In den meisten Fällen der Mitarbeit Angehöriger des Arbeitnehmers wird jedoch nur der Vater das „Geschäft" haben, während seine Ehefrau und seine Kinder in diesem Mitarbeit leisten. Ein anderes wird in der Regel nur dann der Fall sein, wenn der Vater tot oder erwerbsunfähig ist.

2). Nicht alle Kinder sind zu Diensten im Geschäfte der Eltern verpflichtet. Das Gesetz legt diese Pflicht nur dem Kinde auf, das „dem elterlichen Hausstande angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird".

Die erste Voraussetzung der Pflicht zur Mitarbeit des Kindes ist demnach die Zugehörigkeit zum Hausstande der

---

[80]) vgl. Protokolle Bd. 4 S. 537 ff.
[81]) vgl. a. a. O. S. 541.

Eltern. Es fragt sich, was das Gesetz damit meint. Dieser Begriff der Hausangehörigkeit setzt sich weniger aus rechtlichen als aus tatsächlichen Momenten zusammen. So definiert Dernburg[82]): „Ein Kind gehört zum Hausstand seiner Eltern, wenn es in diesem den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat." Gegen diese Definition wendet Preller[83]) ein, daß mit dem Begriff „Mittelpunkt der Lebensbeziehungen" das Wesen der Hausangehörigkeit nicht erfaßt werde. Ein Handlungsgehilfe, der sich nach erreichter Volljährigkeit weiter im Elternhause aufhalte, habe den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen in seinem Beruf und nicht im Hausstande seiner Eltern. An dieser Einwendung erkennt man, daß der Ausdruck „Mittelpunkt der Lebensbeziehungen" zu farblos ist. Die Lebensbeziehungen der Menschen sind so vielseitig, daß man von einem Mittelpunkt sehr häufig nicht sprechen kann. Der gedachte Handlungsgehilfe ist z. B. als Mensch bei seinen Eltern „zu Hause"; dort ist der Mittelpunkt seiner persönlichen Lebensbeziehungen, während sein Berufsleben sich um einen anderen Mittelpunkt bewegt. Daher ist Dernburgs Begriffsbestimmung abzulehnen.

Die Gewährung von Wohnung und Kost erscheinen als die hauptsächlichsten Kennzeichen der Hausangehörigkeit. Demgegenüber kann es gleichgültig sein, ob das Kind zu seinen Eltern „in einem solchen räumlichen Verhältnis steht, daß es den häuslichen Anordnungen der Eltern Folge leisten muß".[84]) Wenn ein volljähriges Kind etwa in demselben Ort wohnt wie seine Eltern und es dieselben besucht, ohne von ihnen Wohnung und Kost zu erhalten, so ist es wie jeder im Hause weilende Gast verpflichtet, ihren häuslichen Anordnungen zu folgen. Man kann es deshalb aber nicht als hausangehörig bezeichnen. Daher führt auch diese Definition nicht zur Klarheit. Sie zeigt aber, daß die Gemeinschaft von Wohnung und Kost allein die Kennzeichen der Zugehörigkeit zum Hausstand der Eltern sein können. Mehr als Merkmale sind die gemeinsame Wohnung und Nahrung aber nicht; man darf

---

[82]) vgl. Dernburg S. 259.
[83]) vgl. Preller S. 17.
[84]) vgl. Warneyer § 1617 Anm. I, Klöpfer, S. 8.

sogar sagen, daß das eine oder andere unter Umständen fehlen kann, ohne daß damit die Hausangehörigkeit aufgehoben zu werden braucht. Wenn das im Hause der Eltern wohnende Kind z. B. aus beruflichen Gründen gezwungen ist, täglich einige Mahlzeiten außerhalb der elterlichen Wohnung einzunehmen, so gehört es doch noch dem Hausstand der Eltern an, wenn es sonst dauernd am häuslichen Leben der Eltern teilnimmt. Man kann daher etwa folgendermaßen definieren: Ein Kind gehört dem elterlichen Hausstand an, wenn es durch dauernde Benutzung der elterlichen Wohnung oder auch nach Gemeinschaftlichkeit der Beköstigung am häuslichen Leben der Eltern teilnimmt[85]). Dabei ist zu bemerken, daß „elterlicher Hausstand" auch der sein kann, dem nur ein parens angehört, etwa wenn der andere gestorben ist. Das folgt schon aus der Tatsache, daß das BGB. auch dann von der „elterlichen" Gewalt spricht, wenn der eine Elternteil weggefallen ist[86]).

Diese Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstand genügt allein noch nicht, um die Arbeitspflicht des Kindes zu begründen. Es muß vielmehr noch hinzukommen, daß das hausangehörige Kind von den Eltern erzogen oder unterhalten wird.

Das Kind wird, solange es als minderjähriges unter der elterlichen Gewalt steht (§ 1626 BGB.), entweder vom Vater (§§ 1627 und 1631 BGB.) und der Mutter (§ 1634 BGB.) oder von der Mutter (§§ 1684—1686 BGB.) erzogen. Auch die uneheliche Mutter hat, ohne Inhaberin der elterlichen Gewalt zu sein, das Erziehungsrecht (§ 1707 BGB.), ebenso die eheliche Mutter in den Fällen der §§ 1696—1698 und 1702 Abs. 2 BGB. Man sieht, daß die Voraussetzung der Erziehung nur für die minderjährigen Kinder in Betracht kommt, sodaß man — cum grano salis — sagen kann, daß die Mitarbeit des Kindes als Aequivalent für die Erziehung gedacht ist.

Nun kann es möglich sein, daß ein minderjähriges, hausangehöriges Kind nicht mehr von den Eltern „erzogen" wird, weil es keiner Erziehung mehr bedarf, oder daß ein volljäh-

[85]) vgl. v. Blume § 1617 Anm. 2a, Opet, VerwandtschaftsR., S. 127, Staudinger § 1617 Anm. 2a, Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 237 f., Pansegrau S. 12, Schwarzschild S. 9, Spahn S. 66.

[86]) vgl. Pansegrau S. 10 f., Staudinger § 1617 Anm. 2a.

riges Kind dem Hausstand der Eltern angehört. Für beide Fälle hat der Gesetzgeber eine Arbeitspflicht des Kindes im Geschäft der Eltern für den Fall vorgesehen, daß das Kind von den Eltern „unterhalten" wird, d. h. daß es ganz oder zu einem erheblichen Teil[87]) von den Eltern seinen Lebensunterhalt unentgeltlich bezieht. Dabei ist es gleichgültig, ob die Eltern dazu gesetzlich verpflichtet sind (§ 1601 ff. BGB.) oder dies freiwillig tun[88]).

3). Wie wir gesehen haben, war die Ehefrau dann zu Arbeiten im Geschäft des Mannes verpflichtet, wenn „eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist". Während das Gesetz dort die Verhältnisse beider Teile in Betracht zog, verpflichtet es das hausangehörige Kind nur insoweit zur Mitarbeit im Geschäfte der Eltern, als das „seiner Lebensstellung" entspricht. Es kommt also auf die Lebensstellung der Eltern nicht an. Demnach kann der Portier, dessen hausangehörige Tochter vielleicht Apothekerin ist, von dieser nicht verlangen, daß sie die Treppen des Hauses reinigt, wenn sie auch von ihm unterhalten wird. Auch von dem erst in der Ausbildung zu einer derartigen Lebensstellung befindlichen Kinde wird eine solche Arbeit nicht verlangt werden dürfen[89]), wenn man in diesem Falle auch nicht denselben Maßstab anlegen darf, wie es in dem der tatsächlichen Innehabung einer derartigen Lebensstellung zu geschehen hat.

Endlich bedarf die Vorschrift, daß die Dienste auch den Kräften des Kindes entsprechen müssen, nur der Erwähnung, da das eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte.

4). Die Arbeiten hat das Kind unentgeltlich zu leisten. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes[90]), in dem von einer Vergütung für die Dienste keine Rede ist, so klar, daß in der Literatur und Rechtsprechung keine andere Meinung vertreten wird[91]).

---

[87]) vgl. Staudinger § 1617 Anm. 2bß, Pansegrau S. 19.
[88]) vgl. Staudinger a. a. O., Spahn a. a. O., Klöpfer S. 11.
[89]) vgl. Staudinger § 1617 Anm. 3b.
[90]) vgl. Pansegrau S. 28.
[91]) vgl. v. Blume § 1617 Anm. 4d, Opet, Verwandsch.R., S. 131, Staudinger § 1617 Anm. 6, Warneyer § 1617 Anm. IV,

Nun kann es möglich sein, daß der Elternteil, dem die Dienste geleistet werden, dem Kinde für seine im Rahmen von § 1617 BGB. geleistete Mitarbeit eine Vergütung verspricht oder gewährt. Ueber die rechtliche Natur dieser Vergütung herrscht — wie im Falle des § 1356 Abs. 2 BGB. — Streit. Bevor darauf eingegangen wird, muß gesagt werden, daß die Literatur auch hier die ganze Frage nur behandelt für das Verhältnis des Kindes zu den Eltern, die Nichtarbeitnehmer sind. Daher muß dies bei der Würdigung der Literatur berücksichtigt werden, während die Verhältnisse, die bei der Mitarbeit des Kindes an der Arbeit eines Arbeitnehmers entstehen, später untersucht werden sollen.

Eine weit verbreitete Ansicht[92]) nimmt an, daß die dem Kinde für die im Rahmen des § 1617 BGB. geleistete Arbeit gewährte Vergütung den Charakter einer unentgeltlichen Zuwendung trage, mithin Schenkung sei, da das Kind die Arbeit auf Grund gesetzlicher Bestimmung zu leisten verpflichtet sei, sodaß die Vergütung nicht als Gegenleistung angesehen werden könne. Es ist klar, daß in der Entgeltabrede bzw. in der Gewährung eines Entgelts für die auf Grund des § 1617 BGB. zu leistende Arbeit rechtlich nur d a n n ein Schenkungsversprechen bzw. eine Schenkung erblickt werden kann, wenn diese nicht als Gegenleistung erscheint. Nun ist es aber möglich, daß die dem Kinde gewährten Zuwendungen doch Entgelt (= Gegenleistung) sind, und zwar dann, wenn das Kind nicht zu der Arbeit des § 1617 BGB. verpflichtet ist, weil die Eltern auf ihr Recht verzichtet haben.

Damit kommen wir zu der heiß umstrittenen Frage, ob auf das Recht aus § 1617 BGB. verzichtet werden kann, was dann der Fall sein muß, wenn § 1617 kein zwingendes Recht enthält. Die herrschende Meinung[93]) hält die Vereinbarung

---

Knitschky S. 106, Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 239, Dernburg S. 235, 260, Spahn S. 67, Schwarzschild S. 28 f., aus der Rechtsprechung etwa OLG. Kolmar in DJZ. 1912 Sp. 760.

[92]) vgl. v. Blume § 1617 Anm. 4d, Opet, Verwandtsch.R. S. 132, Staudinger § 1617 Anm. 6, Schwarzschild S. 30, ähnlich auch Warneyer § 1617 Anm. IV und Klöpfer S. 20, der aber bei volljährigen Hauskindern schwankt.

[93]) vgl. Warneyer § 1617 Anm. IV, Soergel, Anm. zu § 1617, Wolff S. 297 f., Dernburg S. 260 Fußnote 7, Spahn S. 67, Mirre

eines Entgelts für die im Rahmen des § 1617 BGB. geleisteten Dienste für möglich, ohne allerdings ausdrücklich auszusprechen, daß § 1617 BGB. kein zwingendes Recht enthält. Dieses Nichtvorhandensein zwingenden Rechts scheint sie als selbstverständlich anzusehen, da eine andere Konstruktion als folgende nicht möglich ist: Die Eltern haben gegenüber dem Kind ein Recht auf Leistung unentgeltlicher Dienste. Wenn sie nun trotzdem ein Entgelt vereinbaren, so muß darin in der Regel ein Verzicht auf ihr Recht aus § 1617 BGB. erblickt werden. Eine Schenkung kann nur dann angenommen werden, wenn sie beiderseits als unentgeltliche Zuwendung gewollt ist. In der Mehrzahl der Fälle wird das nicht der Fall sein: Die Parteien erachten eine Verpflichtung zur Arbeit nicht als vorliegend[94]). Für den Fall aber, daß sie von dem Vorliegen der gesetzlichen Arbeitspflicht überzeugt sind, machen die Eltern von dem der Pflicht entsprechenden Recht keinen Gebrauch, sie wollen die Dienste nicht als unentgeltliche geleistet haben. Sie verzichten auf die unentgeltlichen Dienstleistungen. Dieser Verzicht ist möglich, denn es besteht kein Anlaß, die Vorschrift des § 1617 BGB. als zwingendes Recht anzusehen. Das ergibt sich einmal aus den Motiven[95]), die einen Anspruch auf eine Vergütung nur dann für ausgeschlossen erklären, wenn „nicht eine anderweite ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung ergibt, daß die Gewährung des Unterhalts wie die Leistung der Dienste in Erfüllung einer besonderen vertragsmäßigen Verpflichtung erfolgt". Weiter ist zu bedenken, daß § 1617 BGB. nur dem Privatinteresse der Eltern dient, im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Unterhaltspflicht, bei der das öffentliche Interesse eine bedeutsame Rolle spielt. Deshalb ist auch durch § 1614 BGB. der Anspruch auf Unterhalt für unverzichtbar erklärt, wogegen eine parallele Vorschrift für § 1617 BGB. fehlt. Aus allen diesen Erwägungen kann man die Bestimmung des § 1617

DStZ. 1922 S. 841, Coulin, ArchBürgR. 42. Bd. S. 378, Klöpfer S. 33, OLG. Kolmar a. a. O., OLG. Breslau in Rspr. 36. Bd. S. 207, RFH. in JW. 1922 S. 931.

[94]) vgl. RGZ. Bd. 64 S. 328.

[95]) vgl. Bd. IV S. 716.

BGB. nicht als jus cogens ansehen. Manche Schriftsteller haben das auch ausdrücklich ausgesprochen[96]).

Gegen diese Ansicht haben sich verschiedene Stimmen[97]) erhoben. So führt Opet a. a. O. als Hauptgrund für das Vorliegen von jus cogens ins Feld, daß das Kind im anderen Falle bei schlechter elterlicher Vermögenslage auf Grund des § 321 BGB. die Dienste verweigern könne. Dieses Argument, das m. E. schon an sich nicht geeignet ist, das Vorliegen von jus cogens zu beweisen, wird hinfällig, wenn man, wie auf S. 22 dargelegt wurde, nur einen auflösend bedingten Verzicht annimmt: d. h. wenn das Kind in dem von Opet angenommenen Falle die Arbeit verweigert, so tritt die Bedingung ein, die den Verzicht vernichtet. Das Kind hat dann wieder unentgeltliche Dienste zu leisten.

Preller[98]) arbeitet mit Gefühlsmomenten: „Würde es nicht unsinnig anmuten, wenn Eltern und Kinder die gegenseitige Eltern- und Kindesliebe zum Gegenstand von Vereinbarungen machen wollten, auf sie z. B. verzichten wollten?" Auf diese Weise kann man nicht beweisen, daß die Bestimmung des § 1617 BGB. zwingendes Recht enthält, da es sich hier garnicht um die gegenseitige Eltern- und Kindesliebe handelt. Ferner erklärt Preller denn solche Vereinbarungen für nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstießen, hält aber trotzdem auf S. 30 f. ein Entgeltversprechen (für im Rahmen von § 1617 zu leistende Dienste!) für möglich, das nach seiner Ansicht sogar einklagbar ist[99]).

Man darf also die Bestimmung des § 1617 BGB. unbedenklich als jus dispositivum ansehen, zumal eine solche Auffassung auch dem Gerechtigkeitsgefühl am besten Rechnung trägt. Wenn z. B. ein volljähriger Handlungsgehilfe, der dem Hausstand seiner Eltern angehört, und von ihnen zu einem erheblichen Teil unterhalten wird, für seinen Vater, einen Handwerker, in den Abendstunden die Bücher führt und Rech-

---

[96]) vgl. Krüger, S. 769, Pansegrau S. 29 ff., v. Blume § 1617 Anm. 6, teilweise auch Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 239.

[97]) Opet S. 132, Staudinger § 1617 Anm. 6, Preller S. 28, Schwarzschild S. 30.

[98]) vgl. Preller S. 28.

[99]) vgl. Preller S. 32.

nungen schreibt, wofür er ein Taschengeld erhält, so würde es ungerecht sein, dieses Taschengeld als Schenkung anzusehen, was der Fall sein müßte, wenn § 1617 BGB. jus cogens enthielte. Unterhalt und Taschengeld zusammen wird man im Volke, das in sehr vielen Fällen ein überaus feines Rechtsempfinden zeigt, vielmehr als Gegenleistung für die gewährten Dienste ansehen[100]).

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist folgendes: Eine für die im Rahmen des § 1617 BGB. geleisteten Dienste gewährte Vergütung ist keine Schenkung, sondern Dienstlohn im Sinne der §§ 611 ff. BGB.[101]).

Wenn schon für die im Rahmen von § 1617 BGB. von dem Kinde zu leistenden Dienste von den Eltern ein „Entgelt" im technischen Sinne gezahlt werden kann, so muß das erst recht für die Dienste, die über § 1617 hinausgehen, der Fall sein können. Das wird ganz allgemein angenommen[102]). Es liegt dann ein Dienstvertrag zwischen den Eltern und dem Kinde vor, gleichgültig, ob dieses volljährig oder minderjährig ist. In letzterem Falle muß es — der übrigens praktisch allein vorkommende Fall — über sieben Jahre alt sein. In diesem Falle gibt der Vater nämlich durch den Vertragsabschluß seine Zustimmung[103]) [104]).

Fassen wir diese Ausführungen zusammen, so ergibt sich: Das dem Hausstand der Eltern angehörende, von ihnen erzogene oder unterhaltene Kind kann den Eltern sowohl solche Arbeiten, die sich im Rahmen von § 1617 BGB. halten, als auch solche, die darüber hinausgehen, gegen Entgelt leisten.

---

[100]) vgl. hierzu die in manchen Punkten vielleicht etwas zu weit gehenden Ausführungen Coulins im ArchBürgR. 42. Bd. S. 378.

[101]) vgl. Pansegrau S. 32.

[102]) vgl. Warneyer § 1617 Anm. IV, Staudinger § 1617 Anm. 6, Opet S. 133, Mirre DStZ. 1922 Sp. 842, RFH. in JW. 1922 Sp. 931, Bail S. 59 f.

[103]) vgl. zu allem Lotmar I S. 257 f.

[104]) Anders ist das bei unter 7 Jahre alten Kindern. Hier steht § 181 BGB. im Wege. Nicht ist das der Fall bei majores VII annis, da bei der weiten Fassung des § 113 BGB. diese Bestimmung auch dann Platz greift, wenn der Minderjährige bei seinem gesetzlichen Vertreter „in Dienst oder in Arbeit" tritt. Für diesen Fall findet § 181 BGB. keine Anwendung; vgl. Lotmar I S. 258.

Diese Feststellung erlaubt nun einen weiteren Schritt. Wenn vertragsmäßig Arbeit gegen Entgelt geleistet wird, so befinden wir uns auf dem Boden des Dienstvertrages, §§ 611 ff. BGB. Nun ist es nicht schwer, vertragsmäßige Bindungen zwischen den Eltern und dem Kinde, das gegen Entgelt mitarbeitet, festzustellen. Denn der Abschluß des Dienstvertrages ist an keine Form gebunden. Mithin genügt schon die nur tatsächliche Leistung der Arbeit mit Wissen und Willen des anderen Teils und die nur tatsächliche Gewährung eines Entgelts für das Vorliegen eines Dienstvertrages, ohne daß irgendwelche ausdrücklichen Abreden getroffen sein müssen (Abschluß des Vertrags durch konkludente Handlungen). Wenn ein Entgelt für die zu leistende Arbeit ausdrücklich vereinbart ist, so ist die Annahme des Abschlusses eines Dienstvertrags um so unbedenklicher. Daraus ergibt sich, daß zwischen den Eltern und dem Kinde, das gegen Entgelt mitarbeitet, immer ein auf einem Arbeitsvertrag beruhendes Dienstverhältnis besteht[105]).

Am Anfang der Untersuchung über diesen Punkt war gesagt worden, daß das Kind die Arbeit, zu der es durch § 1617 BGB. verpflichtet wird, den Eltern unentgeltlich zu leisten hat. Wir hatten dann festgestellt, daß bei entgeltlicher Arbeit die Bestimmungen des Dienstvertragsrechts auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kind anzuwenden sind, weil in diesem Falle ein Dienstvertrag zwischen den Parteien vorliegt.

Da nun zum Dienstvertrag die Entgeltlichkeit als wesentliches Erfordernis gehört, so kann für das Verhältnis zwischen den Eltern und dem auf Grund des § 1617 BGB. unentgeltlich mitarbeitenden Kinde das Dienstvertragsrecht unmittelbar nicht angewandt werden. Man wird aber auch hier wie bei der unentgeltlichen Mitarbeit der Frau die Regeln des Dienstvertrags analog anzuwenden haben[106]), von denen auch

---

[105]) vgl. Lotmar I S. 257, v. Blume § 1617 Anm. 6, Pansegrau S. 32, Warneyer § 1617 Anm. IV, Mirre Sp. 842, Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 239, Kipp S. 297, Coulin S. 378; für über § 1617 hinausgehende Arbeiten auch Staudinger § 1617 Anm. 6.

[106]) vgl. Hachenburg S. 7, Klöpfer S. 90, vgl. ferner unten S. 17 f.

hier in erster Linie § 618 BGB. in Frage kommt. Unterschiede bestehen in dieser Hinsicht zwischen der Mitarbeit der Frau auf Grund des § 1356 Abs. 2 BGB. und der Mitarbeit des Kindes auf Grund des § 1617 BGB. nicht.

Nun gelten diese ganzen Ausführungen nur für das Verhältnis des Kindes zu den nicht arbeitnehmenden Eltern. Welche Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinem mitarbeitenden Kinde entstehen, soll nunmehr untersucht werden, und zwar zunächst der Fall der Mitarbeit im Rahmen des § 1617 BGB.

Es handelt sich also um fogende Fälle, die als Beispiele dienen sollen. Der Instmann hat einen oder zwei Scharwerker oder Hofgänger zu stellen. Der zweite Scharwerker ist sein 14 Jahre alter Sohn[107]). Der Portier hat einen volljährigen Sohn, der als Maschinist in einer Fabrik tätig ist. Morgens und abends hat der Sohn die Zentralheizung des Hauses, das sein Vater als Portier zu betreuen hat, zu besorgen, weil sein Vater in dieser Zeit anderweitig für den Hauseigentümer tätig werden muß. Die zehnjährige Tochter des Zeitungsausträgers hilft diesem wie dessen Ehefrau bei seiner Arbeit, sodaß er mehr Zeitungen austragen kann. Ein Spielwarenmaler wird bei seiner Arbeit von seinem volljährigen Sohn täglich einige Stunden unterstützt.

Zunächst erhebt sich die Frage, welche Beziehungen zwischen den Angehörigen entstehen, wenn das Kind die Arbeit unentgeltlich leistet. In diesem Falle liegt kein Dienstvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Kinde vor. Aber es bestehen auch Bedenken, ob die Dienstvertragsregeln in allen der angeführten Beispiele analog anwendbar sind.

Der Sohn des Instmannes und der des Portiers leisten die dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeit tatsächlich garnicht diesem. Sie leisten sie unmittelbar dem Gutsbesitzer, dem Hausbesitzer. Diese haben die Arbeitsräume und Arbeitsgerätschaften, die Scheune und den Heizungskeller, die Ackerbearbeitungsmaschinen und die Heizungsanlagen, so in Ordnung zu halten, daß Leben und Gesundheit tunlichst ge-

[107]) als erster arbeitet seine Frau.

schützt sind[108]). Nach ihren Dienstanweisungen arbeiten die Kinder. Sie müssen daher die Anordnungen so treffen, daß Leben und Gesundheit der Kinder des Arbeitnehmers nicht mehr der Gefahr ausgesetzt sind, als es die Natur der Dienstleistungen bedingt. § 618 BGB. kann daher in diesen Fällen für das Verhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Kind nicht Platz greifen.

Anders ist das in den Fällen des Zeitungsausträgers und des Spielwarenmalers. Hier leisten die Kinder die Arbeit unmittelbar an den Arbeitnehmer und erst mittelbar an den Arbeitgeber. Man darf hier daher § 618 BGB. analog anwenden, wie dies auch in den parallelen Fällen der Mitarbeit der Frau möglich war.

Wenn die Mitarbeit der Kinder bei Verzicht des Arbeitnehmers auf ihre unentgeltliche Mitarbeit gegen Vergütung geschieht, so entsteht dieselbe Rechtslage wie bei der im Rahmen des § 1356 BGB. geleisteten Mitarbeit der Ehefrau. Es muß daher das dort darüber Gesagte[109]) auch hier entsprechend gelten.

In den Fällen, in denen die hausangehörigen Kinder des Arbeitnehmers, die von diesem erzogen oder unterhalten werden, über § 1617 BGB. hinaus mitarbeitend tätig werden, ist die Rechtslage nicht unbedingt dieselbe wie bei der über § 1356 Abs. 2 BGB. hinaus mitarbeitenden Ehefrau. Man muß zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern unterscheiden.

---

[108]) Dazu ist der Unternehmer dem Kinde unmittelbar verpflichtet. Das Kind arbeitet zwar auf Grund des zwischen dem Vater und dem Unternehmer geschlossenen Dienstverschaffungsvertrages und der zwischen dem Vater und ihm bestehenden gesetzlichen Verpflichtung aus § 1617 BGB. Auf Grund des Dienstverschaffungsvertrags ist der Vater gemäß §§ 618, 328 BGB. verpflichtet, die Unterwerfung des Kindes unter das Direktionsrecht des Unternehmers herbeizuführen, wie dieses dem Vater gegenüber aus § 1617 BGB. verpflichtet ist, sich dem Direktionsrecht des Unternehmers zu unterwerfen. Aus diesen beiden Bindungen kann man das Bestehen unmittelbarer Beziehungen aus § 618 BGB. zwischen dem Unternehmer und dem Kinde herleiten. Vgl. S. 19 Fußnote 69.

[109]) vgl. S. 20.

Ein minderjähriges Kind kann unentgeltlich und entgeltlich tätig werden. Seine Mitarbeit wird die von § 1617 BGB. gezogene Grenze vor allem dann überschreiten, wenn sie nicht seiner Lebensstellung entspricht, oder wenn sie mehr Zeit beansprucht, als mit Rücksicht auf die Ausbildung des Kindes zu seinem Lebensberufe statthaft ist, m. a. W. wenn sie die Kräfte des Kindes übermäßig in Anspruch nimmt, was immer nur von Fall zu Fall entschieden werden kann. Diese Mitarbeit wird fast immer unentgeltlich geschehen. Es finden dann in dem Verhältnis des Kindes zu dem Arbeitnehmer dieselben Regeln Anwendung, wie bei der sich im Rahmen von § 1617 BGB. haltenden. Wenn die Mitarbeit entgeltlich geleistet wird, so muß dasselbe gelten wie für die entgeltliche Tätigkeit des Kindes im Rahmen des § 1617 BGB.

Die über § 1617 BGB. hinausgehenden Dienste volljähriger Hauskinder werden praktisch niemals unentgeltlich sein. Wenn diese Kinder dem Elternteil Mehrarbeit leisten, so ist das Entgelt für ihre Tätigkeit regelmäßig in dem Unterhalt und dem eventuell gewährten Taschengeld zu erblicken[110]). Hier wird also der Boden des Familienrechts völlig verlassen. Die Beziehungen zwischen den Parteien liegen ganz auf schuldrechtlichem Gebiete, und zwar befinden sie sich im Dienstvertragsrecht, dessen Bestimmungen mehr oder weniger vollständig zur Anwendung kommen, je nachdem ob dem Arbeitnehmer oder dem Arbeitgeber die Arbeit tatsächlich unmittelbar geleistet wird. Es kann hier auf die Ausführungen über die entgeltliche Mitarbeit der Frau verwiesen werden[111]).

5). Zum Schluß bleibt noch die Frage zu prüfen, wem das Kind die Arbeit zu leisten hat. § 1617 BGB. schreibt vor, daß die Arbeit den Eltern zu leisten sei, wenn das Kind von diesen erzogen oder unterhalten wird. Dienstberechtigt ist also immer derjenige Elternteil, dem das Erziehungsrecht zusteht oder der den Unterhalt gewährt[112]). Das wird in den hier zur Untersuchung stehenden Fällen stets der arbeitnehmende Elternteil — also meist der Vater — sein. Aber auch

---

[110]) vgl. Coulin a. a. O., Mirre a. a. O.
[111]) vgl. S. 22 f.
[112]) vgl. v. Blume § 1617 Anm. 3.

die Mutter hat als Mitinhaberin des Erziehungsrechts[113]) selbständig ein Recht auf die Arbeitsleistung des Kindes[114]), jedoch hat der Vater das Vorrecht auf die Dienste[115]), wie er auch bei Meinungsverschiedenheiten über Fragen der Sorge für die Person des Kindes nach § 1634 BGB. den Ausschlag gibt. Der im RGR-Kommentar[116]) vertretenen Ansicht, das Recht auf die Dienste bestimme sich, wenn das Kind von beiden Eltern erzogen werde, vorbehaltlich anderer Vereinbarung nach den allgemeinen Grundsätzen des ehelichen Güterrechts, kann deshalb nicht beigetreten werden, weil die Bestimmung des § 1617 BGB. keine güterrechtliche ist, sondern mehr als Aequivalent für die Sorge für die Person des Kindes gedacht ist, was sich besonders aus den auf S. 27 angeführten Fällen des Erziehungsrechtes ohne elterliche Gewalt ergibt.

2). Die arbeitsrechtliche Seite.

Die bisherigen Untersuchungen beschränkten sich im wesentlichen auf die familienrechtliche Seite der Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen. Die Vorstöße in das Gebiet des Dienstvertragsrechts[117]) geschahen um des Zusammenhangs willen[118]) in dem Bewußtsein, daß es Verstöße gegen die Disposition waren. Dieser Hinweis wird schon genügen, um darzutun, daß mit der Schilderung der dienstvertraglichen Seite der in Rede stehenden Beziehungen die Darstellung ihrer arbeitsrechtlichen Probleme noch nicht erschöpft sein soll. Es bestehen vielmehr in dieser Richtung noch eine ganze Reihe ungelöster Fragen.

a). Die Eigengruppe.

Wenn der Scharwerker mit seinen Angehörigen als Hofgängern Feldarbeiten für den Gutsherrn verrichtet, wenn ein

---

[113]) vgl. §§ 1634, 1631 BGB.
[114]) vgl. v. Blume a. a. O., Goldmann-Lilienthal-Sternberg S. 239.
[115]) vgl. v. Blume a. a. O.
[116]) vgl. RGR-Kommentar § 1617 Anm. 2.
[117]) Also auch schon des Arbeitsrechts.
[118]) im Anschluß an die Frage, ob die §§ 1356 Abs. 2, 1617 BGB. zwingendes Recht enthalten, d. h. ob über die Arbeitspflicht Verträge möglich sind.

Zeitungsausträger mit seinen Angehörigen für einen Verlag tätig wird, so handelt es sich in beiden Fällen um mehrere gemeinsam arbeitende Menschen, um eine „Gruppe" von Dienstleistenden[119]). Diese gruppenweise Arbeit führt zu der Frage: Handelt es sich hier um „Gruppenarbeit"?

Bevor auf diese Frage näher eingegangen werden kann, bedarf das Problem der Gruppenarbeit einiger Umschreibung und Erläuterung, da es sich hier um ein gesetzlich nicht geregeltes Gebiet handelt, dessen Erforschung erst in neuster Zeit begonnen hat und noch nicht zu einem endgültigen Abschluß gekommen ist. Was ist überhaupt Gruppenarbeit? Schon hier gehen die Meinungen auseinander. Wenn man das Wort sprachlich auslegt, so wird man als Gruppenarbeit die Arbeit einer Gruppe von Arbeitnehmern anzusehen haben. Diese sprachliche Auslegung ins Juristische übersetzt ergibt folgende Begriffserklärung: Gruppenarbeit liegt vor, wenn mehrere Arbeitnehmer gemeinsam eine Arbeit leisten[120]). Diese mehreren Arbeitnehmer bilden eine Arbeitsgruppe, von der die Wissenschaft zwei Haupttypen, die in den verschiedensten Variationen auftreten, kennt: Die Betriebsgruppe und die Eigengruppe. Man spricht von der ersteren, wenn sie vom Arbeitgeber zusammengestellt ist aus Arbeitnehmern, mit denen er Einzelarbeitsverträge abgeschlossen hat. Als Eigengruppe dagegen bezeichnet man die Gruppe, die ihre Entstehung der Initiative der Arbeitnehmer verdankt, und als solche mit einem Unternehmer kontrahiert[121]). Die Betriebsgruppe kann hier für die weitere Untersuchung ausgeschieden werden. Sie kommt nach dem Gesagten für unsere Darstellung ohne Zweifel nicht in Frage.

Bei der Eigengruppe unterscheidet man ein Innenverhältnis und ein Außenverhältnis[122]), wobei unter Innenver-

[119]) Der Ausdruck „Arbeitnehmer" wird hier absichtlich als terminus technicus vermieden.

[120]) vgl. Erdel S. 119, Büsing S. 23, Scheffler S. 5.

[121]) vgl. etwa: Hedemann NZfA. 1924 Sp. 258, Büsing S. 25, Scheffler S. 13, Hueck, Lehrbuch S. 374, §§ 112, 115 E.Arb.V.G., Denkschrift S. 21 f.

[122]) Hueck, Lehrbuch S. 376, Büsing S. 25 und 47 (er nennt es Eigengruppenvertrag und Gruppenarbeitsvertrag), Scheffler S. 23 ff., Grote S. 273 ff.

hältnis das Rechtsverhältnis der Gruppenangehörigen untereinander, unter Außenverhältnis das Verhältnis der Gruppe zum Unternehmer verstanden wird.

Hier interessiert zunächst nur das „Innenverhältnis". Die Gruppenangehörigen können sich unter verschiedenen Rechtsformen zusammenschließen. Die häufigste Erscheinungsform dieses Zusammenschlusses ist die Gesellschaft des BGB.[123]), wobei allgemein richtig erkannt wird, daß die Regeln des Gesellschaftsrechts des BGB. nicht in voller Reinheit anzuwenden sind, daß sie vielmehr — und das ist ja wegen ihres dispositiven Charakters möglich — nur modifiziert zur Anwendung gelangen können, indem man sie mit dem vermutlichen Willen der Gruppenmitglieder in Einklang bringt. Scheffler[124]) hält dagegen die Rechtsfigur des nichtrechtsfähigen Vereins für die Normalform, unter der die Gruppenmitglieder vereint sind. Auf diese Abweichung braucht hier nicht eingegangen zu werden, da § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft auf nichtrechtsfähige Vereine Anwendung finden läßt und nirgends bestritten wird, daß Eigengruppen auch in dieser Form auftreten können. Endlich ist es aber auch möglich, daß sich die Eigengruppe zu juristischer Persönlichkeit verdichtet. Sie tritt dann meistens als eingetragene Genossenschaft oder als G. m. b. H. auf[125]).

Im Regelfalle führen die Gruppenmitglieder (Gesellschafter) die Geschäfte nicht gemeinschaftlich (§ 709 BGB.), weil dieser Apparat zu schwerfällig sein würde. Sie übertragen die Geschäftsführung vielmehr einem Geschäftsführer[126]), der im Regelfall zugleich als vom Unternehmer bestellter Vorarbeiter, Kolonnenführer, Polier usw. tätig wird.

Nach dieser ganz groben Erklärung des Begriffs und des „Innenverhältnisses" der Eigengruppe wenden wir uns der

---

[123]) vgl. Molitor-Hueck-Riezler S. 62, Hedemann a. a. O. Sp. 259 f., Wölbling S. 194, Büsing S. 35, Hueck, Lehrbuch S. 376, Schindler S. 36, Grote S. 273, Ihrig S. 39, Kaskel S. 110. Bail S. 183 Fußnote 2, § 115 E.Arb.V.G.

[124]) vgl. S. 32.

[125]) Hueck, Lehrbuch S. 276, Scheffler S. 16 (dort eine Reihe von Beispielen).

[126]) § 117 E.Arb.V.G.

Frage zu, ob der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Angehörigen eine Eigengruppe bilden. Da es sich an dieser Stelle nur um die Beziehungen des Arbeitnehmers zu seinen mitarbeitenden Angehörigen handelt, soll hier lediglich untersucht werden, ob die genannten Beziehungen derartige sind, daß sie den Beziehungen, die wir das „Innenverhältnis bei der Eigengruppe" nennen, entsprechen.

Wir sahen zunächst, daß für das Innenverhältnis der Eigengruppe die Regeln des Gesellschaftsrechts des BGB. anzuwenden sind. Gelten diese Regeln auch für das Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen mitarbeitenden Angehörigen? Man wird bei der Untersuchung dieser Frage zu unterscheiden haben,

1). ob die Angehörigen im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2, 1617 BGB. unentgeltlich mitarbeiten,
2). ob sie über den Rahmen der genannten Bestimmungen hinaus unentgeltlich mitarbeiten,
3). ob sie entgeltlich mitarbeiten.

1. Betrachten wir zunächst den ersten Fall, so sehen wir, daß dort eine vertragliche Bindung zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen vollständig fehlt. Die Angehörigen sind gesetzlich verpflichtet, dem Arbeitnehmer Mitarbeit zu leisten. Bei der Gesellschaft schreibt § 705 BGB. vor: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten." Der Unterschied zwischen den beiden Innenverhältnissen liegt also in erster Linie darin, daß auf der einen Seite die Arbeitspflicht eine gesetzliche, auf der anderen Seite eine vertragliche ist.

Der Mangel der vertraglichen Arbeitspflicht würde aber nicht genügen, um das Vorliegen einer Eigengruppe in unserem Falle unbedingt abzulehnen, da man ja, wenn die übrigen Merkmale vorlägen, die Regeln des Gesellschaftsrechts analog anwenden könnte. Diese übrigen Merkmale sind aber nicht vorhanden. Die Gesellschaft muß einen gemeinsamen Zweck haben. Bei der auf Grund der §§ 1356 Abs. 2, 1617

BGB. zu leistenden Mitarbeit fehlt der gemeinsame Zweck. Die Arbeit (das „Geschäft") des Arbeitnehmers ist nicht gemeinsamer Zweck, wenn auch die Angehörigen ein Interesse an der Arbeit haben können. Weiter sind bei der Gesellschaft die Mitglieder gegenseitig zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet. Dieses außerordentlich wichtige Merkmal fehlt in unserem Falle: Die Ehefrau ist dem Manne gesetzlich zur Mitarbeit verpflichtet, nicht aber ist eine gesetzliche Vorschrift gegeben, daß der Ehemann der Frau gegenüber zur Arbeit verpflichtet ist. Ebenso ist es im Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen Kindern[127]).

Damit ergibt sich, daß das Gesellschaftsrecht weder unmittelbar noch analog für den Arbeitnehmer und seine im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. unentgeltlich mitarbeitenden Angehörigen anzuwenden ist. Aus diesen Ausführungen ergibt sich aber auch weiter, daß der Arbeitnehmer und seine im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. mitarbeitenden Angehörigen keinen nichtrechtsfähigen Verein bilden können. Diese beiden Ergebnisse zeigen, daß in dem in Rede stehenden Falle das Innenverhältnis einer Eigengruppe, wie es von der herrschenden Ansicht aufgefaßt wird, nicht vorliegen kann, mithin auch keine Eigengruppe.

2. Wenn die Angehörigen über ihre gesetzliche Pflicht hinausgehende, aber unentgeltliche Dienste leisten, so ist nach der herrschenden, auf dem Gesetz beruhenden Ansicht über die Gesellschaft das Vorliegen einer Gesellschaft undenkbar. Denn selbst wenn sich der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Angehörigen gegenseitig zur Leistung einer gemeinsamen Arbeit (das wäre der gemeinsame Zweck des § 705 BGB.) verpflichten würden, so würde aus dem Umstande, daß der Arbeitnehmer den gesamten Gewinn erhielte, erhellen, daß der Vertrag den Vorteil eines der Gesellschafter bezweckt. Wir würden es daher mit einer societas leonina zu tun haben, also nicht mit einer Gesellschaft im

[127]) Der Ehemann (Vater) ist den Angehörigen gegenüber zwar zum Unterhalt verpflichtet. Wenn nun auch die Leistungen der Gesellschafter nicht inhaltsgleich zu sein brauchen, so müssen sie doch wenigstens auf den gemeinsamen Zweck (die Arbeit) gerichtet sein. Dieses Merkmal fehlt bei der Unterhaltsleistung.

Sinne der §§ 705 ff. BGB. Dieser Fall ist ein rein theoretischer. Praktisch wird es nicht vorkommen, daß Arbeitnehmer und Angehörige sich gegenseitig verpflichten, gemeinsame Arbeit zu leisten, wenn letztere unentgeltlich tätig werden wollen. Es liegt praktisch vielmehr nur eine einseitige Verpflichtung vor. Damit ist für diese beiden Fälle das Dasein einer Gesellschaft verneint. Mit der Verneinung der Gesellschaft ist aber auch zugleich die Frage nach dem Vorliegen einer Eigengruppe beantwortet.

3. Wir kommen endlich zu den Fällen der entgeltlichen Mitarbeit der Angehörigen, in denen also eine gesetzliche Arbeitspflicht nie bestanden hat oder in denen auf diese verzichtet worden ist. Hier können die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen auf einem Gesellschaftsvertrage beruhen. Ein Beispiel mag das zeigen: Ein Arbeitnehmer kann bei einem großen Verein eine Stelle als Hausmeister erhalten, wenn seine Frau und die erwachsene Tochter den ausgedehnten Wirtschaftsbetrieb des Vereins sowie die Reinigung des Hauses übernehmen, während er neben der hausmeisterlichen Tätigkeit auch die gärtnerischen Arbeiten ausführen soll. Die Frau und die Tochter, die vielleicht ihre Stellung als Köchin aufgeben muß, sind gesetzlich zu derartig umfangreichen Arbeiten nicht verpflichtet. Alle drei verpflichten sich nun gegenseitig, die Arbeit gemeinsam zu leisten. Sie vereinbaren ferner, daß von dem erzielten Gewinn — es kommt hier nicht nur der Lohn in Frage, sondern auch die Gewährung freier Wohnung, Trinkgelder usw. — der Vater die Hälfte, die Mutter und die Tochter je ein Viertel erhalten sollen. Es wird ferner, u. U. stillschweigend, vereinbart, daß der Vater die Führung der Geschäfte übernehmen soll.

Es bestehen keine Zweifel, daß wir es hier mit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu tun haben. Die vereinbarten Beiträge sind die Arbeitsleistungen. Daß diese Beiträge nicht aus Geldleistungen zu bestehen brauchen, sagt § 706 Abs. 3 BGB. ausdrücklich, indem er bestimmt, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann. Es darf hier der Ton nicht auf „eines" Ge-

sellschafters gelegt werden, es können nämlich alle Gesellschafter Arbeiten als Beiträge leisten[128]).

Das Ergebnis dieser Ausführungen ist folgendes: Die Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinen gegen „Entgelt" mitarbeitenden Angehörigen können dieselben sein wie die im Innenverhältnis einer Eigengruppe bestehenden. Es mag hierbei betont werden, daß in diesem Falle die Grundsätze des Dienstvertragsrechts zwischen dem Arbeitnehmer und seinen Angehörigen keine Anwendung finden können, wie das der Fall ist, wenn sie gegen Entgelt (Lohn) Mitarbeit leisten. Hier bestehen nur gesellschaftsrechtliche Beziehungen. Die Angehörigen erhalten kein Entgelt, sondern eine Gewinnquote[129]).

Derartige aus Familienangehörigen bestehende Eigengruppen werden in der Praxis recht selten sein. Sie sind vor allem denkbar bei den Heimarbeitern. Es wird immer Tatfrage sein, ob man das Innenverhältnis einer Eigengruppe bei einem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen annehmen kann; ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Eigengruppe wird darin zu erblicken sein, daß der erzielte Gewinn quotenmäßig verteilt wird.

b). Das Gehilfenverhältnis.

Die Ausführungen über die Eigengruppe haben gezeigt, daß diese im Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen mitarbeitenden Angehörigen nur sehr selten vorliegt. Wir wollen nun die Fälle betrachten, in denen die Angehörigen mitarbeiten, ohne untereinander in einem Gesellschaftsverhältnis zu stehen. Die Mitarbeit der Angehörigen ist ihrer ganzen Natur nach meist mehr helfend als gleichwertig. Der Arbeitnehmer hat den wesentlichen Teil der Arbeit zu leisten, die Hauptarbeit. Die Mitarbeit der Angehörigen beschränkt sich mehr oder weniger auf Hilfeleistungen.

---

[128]) vgl. Wölbling S. 194, Molitor SchlWes. 1926 S. 90.

[129]) Deshalb stehen sie aber doch nicht da wie ein commis intéressé, der von seinem Arbeitgeber nur einen Teil des Gewinns für seine Leistungen erhält. Sie sind vielmehr vereinigt zu gemeinschaftlichem Erwerb und Gewinn.

Wir kommen damit auf die Rechtsfigur des Gehilfenverhältnisses. Man spricht von diesem, wenn der Arbeitnehmer, der mit dem Arbeitgeber einen gewöhnlichen Arbeitsvertrag geschlossen hat, die ihm obliegende Arbeit nicht allein verrichtet, sondern sich bei ihrer Ausführung eines oder mehrerer Gehilfen bedient[130]). Dieses Gehilfenverhältnis kann in verschiedenen Formen auftreten. Mit Hueck a. a. O. S. 379 unterscheiden wir drei Grundformen[131]), die durch die Stellung des Gehilfen bedingt sind.

1. Der Arbeitnehmer stellt den Gehilfen im Namen des Arbeitgebers ein.
2. Der Arbeitnehmer nimmt den Gehilfen in eigenem Namen an, stellt aber dessen Arbeitsleistung dem Unternehmer zur Verfügung.
3. Der Arbeitnehmer nimmt den Gehilfen in eigenem Namen an und übernimmt auch selbst dessen Leitung.

1. Wenn wir nun diese drei Formen des Gehilfenverhältnisses auf das Verhältnis des Arbeitnehmers zu seinen mitarbeitenden Angehörigen anwenden, so können wir — wir haben es hier nur mit dem „Innenverhältnis" zu tun — folgendes feststellen:

Im Falle zu 1) entstehen keine arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen. Die Angehörigen treten vielmehr in unmittelbare Vertragsbeziehungen zum Arbeitgeber. Was die Angehörigen erwerben, gehört ihnen. Es fragt sich, ob sie dem Arbeitnehmer gegenüber durch die §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. verpflichtet sind, solche Verträge abzuschließen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Frage zu bejahen, wenn sich auf diese Weise ihre gesetzliche Arbeitspflicht im „Geschäfte" des Mannes bzw. der Eltern erfüllen läßt. Es muß sich dabei selbstverständlich um Hilfstätigkeit, die bei der Arbeit des Arbeitnehmers geleistet wird, handeln. Ferner ist zu bemerken — und das bedeutet praktisch eine ganz außerordentliche Einschränkung —, daß die Arbeit, zu der die Angehörigen durch den Abschluß des Vertrages verpflich-

[130]) vgl. Lotmar I S. 100 f., Hueck, Lehrbuch S. 374.
[131]) vgl. ebenfalls Lotmar a. a. O., Denkschrift S. 22.

tet werden, sich hinsichtlich ihres Umfanges und ihrer Art im Rahmen der genannten Paragraphen halten muß. Damit ist ein genügender Schutz der Angehörigen gegenüber Willkürakten[132]) des Arbeitnehmers gegeben. Der Vertrag darf sie nur zu solchen Arbeiten verpflichten, zu denen sie auch ohne diesen verpflichtet wären, ja sie müßten ohne den Vertrag die Arbeiten sogar unentgeltlich leisten. Besonders aus dem letzten Argument ergibt sich, daß die hier vertretene Auffassung dem Willen des Gesetzgebers entsprechen muß, wenn er auch eine solche Verpflichtung nicht ausdrücklich ausspricht.

2. In dem zweiten Fall können zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen verschiedene Rechtsbeziehungen entstehen.

Arbeiten die Angehörigen auf Grund und im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. unentgeltlich mit, so bleibt es bei den familienrechtlichen Beziehungen, die bereits dargestellt wurden. Arbeitsrechtliche Beziehungen entstehen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen mitarbeitenden Angehörigen nicht[133]). Wenn bei dieser Form des Gehilfenverhältnisses auch zwischen dem Hauptarbeiter und dem Gehilfen im allgemeinen ein Arbeitsvertrag besteht[134]), so ist das, wie unser Fall zeigt, nicht unbedingt erforderlich[135]). Inwieweit hier arbeitsrechtliche Vorschriften analog anzuwenden sind, wurde bereits weiter oben gezeigt.

Wenn die Angehörigen über ihre gesetzliche Verpflichtung hinausgehende, aber unentgeltliche Arbeiten als Gehilfen leisten, so besteht zwischen ihnen und dem Arbeitnehmer kein Arbeitsvertrag, weil dieser Vertrag ja nicht unentgeltlich sein kann. Man wird aber auch für dieses Verhältnis, wie bereits ausgeführt ist, Dienstvertragsregeln analog gelten lassen müssen. Diese beiden Fälle werden am häufigsten praktisch bei dem schon oft erwähnten Verhältnis des Instmanns zu seinen als Hofgänger mitarbeitenden Angehörigen[136]).

---

[132]) Die allerdings wohl nur bei Eltern zu befürchten sind, da es dem Ehemann an gesetzlicher Vertretungsmacht fehlt.
[133]) vgl. Molitor SchlWes. 1926 S. 90.
[134]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 379.
[135]) vgl. Molitor a. a. O., Lotmar I S. 99 ff.
[136]) vgl. Hueck a. a. O., Molitor a. a. O.

Ein echter Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und seinen Angehörigen liegt aber dann vor, wenn diese gegen Entgelt mitarbeiten, da dann kein Unterschied besteht, ob der Arbeitnehmer einen Fremden oder einen Angehörigen als Gehilfen einstellt.

3. Für den dritten Fall gilt dasselbe, was für den zweiten Fall gesagt wurde[137]). Unterschiede werden wir erst bei dem „Außenverhältnis", bei der Untersuchung der Beziehungen der Angehörigen zu dem Arbeitgeber, feststellen können.

Soweit die Angehörigen also unentgeltlich tätig werden, werden sie Arbeitnehmer des Arbeitnehmers, der ihnen gegenüber dann die Stellung eines Arbeitgebers einnimmt. Man nennt in der Literatur und neuerdings auch in der Gesetzgebung[138]) einen solchen Arbeitgeber „Zwischenmeister". Arbeiten die Angehörigen jedoch unentgeltlich, aber über ihre gesetzliche Verpflichtung hinausgehend mit, so darf man ihnen die Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls nicht absprechen. Zwar liegt dann kein Arbeitsvertrag vor; wir haben aber gesehen[139]), daß Entgelt und Arbeitsvertrag nicht zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft erforderlich sind. Nur in dem Falle der unentgeltlichen, sich im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2, 1617 haltenden Mitarbeit sind die Angehörigen keine Arbeitnehmer des „Zwischenmeisters" oder Hauptarbeiters. Der Unterschied zwischen der unentgeltlichen, über die §§ 1356 und 1617 BGB. hinausgehenden und der zuletzt genannten Mitarbeit der Angehörigen ist nämlich darin zu erblicken, daß die Mitarbeit im letzten Fall auf rein familienrechtlichen Vorschriften beruht, während die Mitarbeit in dem anderen Falle nach einem dem Dienstvertrag ähnlichen Vertrag beurteilen muß[140]), m. a. W. auf ein Rechtsinstitut aus dem Schuldrecht zurückgreifen muß. Wie man nun die auf Grund gesetzlicher Bestimmung arbeitenden Strafgefangenen oder anderweitig Internierten mit Recht nicht als Arbeitnehmer ansieht, so muß man auch bei den auf Grund der

[137]) vgl. Hueck a. a. O. S. 380.
[138]) vgl. § 18 HausarbGes., § 5 ArbGerGes.
[139]) vgl. S. 3 ff.
[140]) vgl. S. 17 und S. 35 Fußnote 108.

§§ 1356 und 1617 BGB. mitarbeitenden Angehörigen die Arbeitnehmereigenschaft gegenüber dem „Zwischenmeister" oder Hauptarbeiter verneinen. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß ihre Stellung eine arbeitnehmerähnliche ist[141]). Das folgt schon daraus, daß verschiedene Vorschriften des Dienstvertragsrechts (§§ 611 ff. BGB.) auf ihr Verhältnis zum „Zwischenmeister" oder Hauptarbeiter analog anwendbar sind, wie ausgeführt worden ist.

II. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers.

Die Mitarbeit von Angehörigen im „Geschäfte" des Arbeitnehmers unterscheidet sich von der im Geschäfte eines Nichtarbeitnehmers. Der Unterschied ist wirtschaftlicher Art. Während dem Nichtarbeitnehmer der Arbeitserfolg seiner Angehörigen persönlich zugutekommt, erhält diesen bei der Mitarbeit von Arbeitnehmerangehörigen der Arbeitgeber; der Arbeitnehmer bekommt nur das wegen der Mitarbeit der Angehörigen vermehrte Entgelt, und auch dieses nicht in allen Fällen, wie wir gesehen haben.

Wenn nun der eigentliche Erfolg der Mitarbeit der Angehörigen garnicht dem Arbeitnehmer, sondern dessen Arbeitgeber, dem Unternehmer, zugutekommt, so erscheint die Frage berechtigt, ob die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers zu dessen Arbeitgeber in rechtliche Beziehungen treten, auch wenn sie mit diesem keinen Arbeitsvertrag geschlossen haben.

---

[141]) Trotzdem ist die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Streitigkeiten zwischen dem Arbeitnehmer und seinen Angehörigen zu verneinen. Nach § 5 Abs. 1 AGG. stehen zwar arbeitnehmerähnliche Personen den Arbeitnehmern gleich; es handelt sich aber bei dem Anspruch aus § 1356 Abs. 2 BGB. um einen Herstellungsanspruch — vgl. Planck § 1356 Anm. 5 —, sodaß nach § 606 Abs. 1 ZPO. das Landgericht ausschließlich zuständig ist. Der Anspruch aus § 1617 BGB. liegt ebenfalls — wie mehrfach betont worden ist — auf rein familienrechtlichem Gebiet, sodaß auch für ihn die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts zu verneinen ist, da die Arbeitsgerichte für die wirtschaftlichen, nicht aber für die familienrechtlichen Belange der Arbeitnehmer eingerichtet worden sind; vgl. auch Schmincke-Sell § 5 Anm. 2.

Diese Frage ist für die Angehörigen von ganz erheblicher Tragweite; denn es kann ihnen nicht gleichgültig sein, ob sie nur mit dem wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmer in Rechtsbeziehungen stehen, oder ob solche auch auf Grund ihrer Arbeit zu dem wirtschaftlich starken Unternehmer vorhanden sind. Aber es besteht nicht nur ein privates Interesse der unmittelbar an der Arbeit Beteiligten an der Existenz der genannten Beziehungen, auch die Allgemeinheit hat ein Interesse an diesen Beziehungen. Dieses Interesse beruht auf sozialpolitischen Erwägungen. Einen sehr großen Teil der Lasten der Sozialversicherung hat der Arbeitgeber zu tragen; er ist Schuldner der verschiedensten Versicherungsbeiträge. Es ist nun für den Versicherungsträger wegen der verschiedenen finanziellen Leistungsfähigkeit sehr wichtig, ob sein Schuldner nur ein Arbeitnehmer ist, oder ob er es mit einem Unternehmer zu tun hat.

Damit ist die Richtung angezeigt, in der sich die Untersuchungen des zweiten Teiles zu bewegen haben. Es ist einmal zu prüfen, ob und welche rein privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers vorhanden sind, und es ist weiter zu untersuchen, wie sich die Versicherungsgesetzgebung zu diesen Beziehungen stellt.

1). Die privatrechtliche Seite.

Bevor auf die hier zu erörternden Fragen eingegangen wird, muß gesagt werden, daß hier alle die Fälle ausscheiden, in denen der Unternehmer in unmittelbare Vertragsbeziehungen zu den Angehörigen des Arbeitnehmers tritt, sei es, daß er direkt mit ihnen kontrahiert, sei es, daß er durch den Arbeitnehmer als seinen Vertreter mit ihnen abschließt. Diese unmittelbaren Vertragsbeziehungen, die in der Praxis sehr häufig vorkommen, bieten keine Schwierigkeit. Sie sollen deshalb außerhalb der eigentlichen Untersuchung nur der Vollständigkeit halber kurz gestreift werden.

In diesen Fällen besteht zwischen dem Unternehmer und den Angehörigen des Arbeitnehmers ein echter Arbeitsvertrag, der sich in nichts von anderen Arbeitsverträgen unterscheidet. Es ist allerdings möglich, daß der Unternehmer sein

Direktionsrecht gegenüber den Angehörigen in gewissem Umfang durch den Hauptarbeiter ausüben läßt, besonders wenn diese als Gehilfen des Arbeitnehmers tätig werden[142]). Besonderheiten bietet aber diese Uebertragung des Direktionsrechts zum Zwecke der Ausübung im Namen des Arbeitgebers, die wir im Arbeitsrecht häufig beobachten, nicht.

Wir wenden uns daher der Untersuchung der Fälle zu, in denen die Angehörigen entweder nicht in direkten Vertragsbeziehungen zu dem Unternehmer stehen, oder in denen die Existenz solcher Beziehungen zweifelhaft ist. Bei der Darstellung der arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und seinen Angehörigen hatten wir gesehen, daß der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Angehörigen einmal als Eigengruppe auftreten können, zum anderen hatten wir festgestellt, daß beide Teile in den verschiedenen Formen des Gehilfenverhältnisses zueinander stehen können. Diese Einteilung erscheint auch für die folgenden Untersuchungen als eine zweckmäßige Grundlage.

a). Die Eigengruppe.

Wir haben festgestellt, daß der Arbeitnehmer und seine mitarbeitenden Angehörigen in einem gesellschaftsähnlichen Verhältnis stehen können, und daß in diesem Falle das Innenverhältnis einer Eigengruppe vorliegt. Es erhebt sich nunmehr die Frage nach dem Außenverhältnis dieser Eigengruppe, d. h. die Frage, welche Beziehungen zwischen dem Unternehmer auf der einen Seite und der Eigengruppe bzw. den Mitgliedern der Eigengruppe auf der anderen Seite bestehen.

Die im Schrifttum vertretenen Meinungen zu diesen Fragen lassen sich zu zwei Gruppen zusammenfassen. Die eine Ansicht leugnet das Vorhandensein von Vertragsbeziehungen zwischen den Mitgliedern der Eigengruppe und dem Unternehmer. Man nimmt lediglich einen Vertrag zwischen dem Unternehmer und der Eigengruppe als solcher an. Welcher Art dieser Vertrag ist, ist strittig. Scheffler[143]) im Anschluß an Molitor[144]) sieht in diesem Vertrag einen Dienstverschaffungs-

[142]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 379.
[143]) vgl. Scheffler S. 43.
[144]) vgl. Molitor-Hueck-Riezler S. 62.

vertrag. Die Gruppe als solche verpflichte sich, dem Arbeitsempfänger die Dienste ihrer Mitglieder oder einiger derselben zu verschaffen. Nach Büsing[145]) besteht zwischen der Gruppe und dem Arbeitgeber ein Vertrag sui generis, ein Gruppenarbeitsvertrag, nebenher laufen nach seiner Ansicht noch Einzelarbeitsverträge zwischen dem Arbeitgeber und den Mitgliedern der Gruppe[146]). Beide Ansichten sind nicht zutreffend. Scheffler ist entgegenzuhalten, daß der nach seiner Ansicht immer vorhandene Dienstverschaffungsvertrag im allgemeinen vorliegen wird, daß man ihn aber deshalb noch nicht als allein möglichen Vertrag zwischen Gruppe und Arbeitsempfänger hinstellen darf. Büsings Ansicht hat Scheffler[147]) treffend widerlegt: Das Verhältnis der beiden nebeneinander herlaufenden Verträge sei juristisch nicht zu erfassen. Wenn lauter Einzelarbeitsverträge geschlossen seien, dann sei ein „mystisches Oberarbeitsverhältnis" unnötig. Die beiden skizzierten Meinungen sind in ihrer Allgemeinheit unrichtig, dagegen enthalten beide einen richtigen Kern. Das Außenverhältnis der Eigengruppe kann der Vielgestalt des Lebens entsprechend in so vielen verschiedenen Formen auftreten, daß es unmöglich ist, dafür einen einzigen Vertragstypus, sei es einen der bereits bestehenden oder einen neu zu schaffenden, zu finden.

Diese Erkenntnis teilen denn auch die meisten Schriftsteller. Es ist möglich, daß die Eigengruppe nach außen hin überhaupt nicht selbständig handelnd auftritt, daß ihre Mitglieder vielmehr Einzelarbeitsverträge abschließen[148]). Die Gruppe kann aber auch als solche einen Vertrag abschließen. Unter welchen Vertragstypus dieser Vertrag dann zu bringen ist, richtet sich nach den einzelnen Umständen, die ganz verschieden sein können. Die Gruppe wird häufig einen reinen Werkvertrag[149]) abschließen. Denkbar ist das besonders bei Bauhütten, also bei Eigengruppen, deren Innen-

[145]) vgl. S. 49 ff., S. 69.
[146]) Aehnlich auch Ihrig S. 45 ff.
[147]) vgl. S. 43 f.
[148]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 376, Grote S. 240, Denkschrift S. 23.
[149]) vgl. Hueck a. a. O. S. 377, Hedemann NZfA. 1924 Sp. 261.

verhältnis sich zu juristischer Persönlichkeit verdichtet hat; aber auch in der Hausindustrie sind solche Verhältnisse leicht denkbar. In diesem Falle verpflichtet sich die Gruppe zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. Verspricht die Gruppe dagegen nur die Arbeitsleistungen ihrer Mitglieder, dann liegt nach der Ansicht von Hueck a. a. O. ein Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Unternehmer und der Gruppe vor[150]), während Hedemann a. a. O. sich in diesem Falle für einen Dienstvertrag im Sinne des BGB. ausspricht. Die richtige Ansicht dürfte hier Hueck vertreten. Wenn allgemein anerkannt wird, daß juristische Personen keinen Dienstvertrag schließen können, so muß man das auch für körperschaftliche Bildungen, denen die juristische Persönlichkeit fehlt, verneinen. Wie sich die juristische Person nicht zu Diensten verpflichten kann, so verpflichtet sich auch die Gruppe nicht zur Arbeit, sondern sie verpflichtet sich zur Verschaffung der Arbeitsleistungen ihrer Mitglieder.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Mitglieder der Gruppe Arbeitnehmer des Kontrahenten der Gruppe werden. Man kann die Frage ohne weiteres bejahen, wenn die Gruppenmitglieder Einzelarbeitsverträge mit dem Arbeitgeber abgeschlossen haben, da es für das Arbeitsverhältnis gleichgültig ist, ob die Arbeitnehmer unter sich noch gesellschaftsrechtliche Bindungen eingegangen sind.

Wenn die Gruppe als solche einen Werkvertrag mit dem Unternehmer abgeschlossen hat, bestehen keine direkten Vertragsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und den Gruppenmitgliedern. Man hat daher die Arbeitnehmereigenschaft der Mitglieder zu verneinen[151]). Nun kann aber die wirtschaftliche Lage dieser Gruppenangehörigen, besonders in der Hausindustrie, so wenig verschieden von der echter Arbeitnehmer sein, daß ein Unterschied nur in der verschiedenen juristischen Erfassung zu erblicken ist. Man wird daher die-

[150]) vgl. Scheffler a. a. O.

[151]) Damit ist gesagt, daß dieser Punkt nicht zu unserem Thema gehört, da hier nur die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers interessieren. Da sich aus Folgendem aber die Arbeitnehmerähnlichkeit der Gruppenangehörigen ergibt, soll dieser Punkt kurz behandelt werden.

sen Gruppenmitgliedern eine arbeitnehmerähnliche Stellung zuzubilligen haben[152]), allerdings nur dann, wenn ihre tatsächliche wirtschaftliche Lage dem entspricht.

Wie wir sahen, ist das Außenverhältnis der Gruppe in den meisten Fällen ein Dienstverschaffungsvertrag. Es bestehen also keine direkten Vertragsbeziehungen zwischen dem Arbeitsempfänger und den Gruppenmitgliedern, sondern nur zwischen dem Arbeitsempfänger und der Gruppe einerseits (Dienstverschaffungsvertrag) und der Gruppe und ihren Mitgliedern andererseits (Gesellschaftsvertrag). Es fragt sich nun, ob die Gruppenmitglieder Arbeitnehmer des Arbeitsempfängers werden. Die Monographien über den Gruppenarbeitsvertrag schweigen über diese Frage.

Nehmen wir einmal an, die auf S. 42 als Beispiel genannte Gruppe (Hausmeister mit Frau und Tochter) verpflichte sich als solche gegenüber dem Verein, diesem die Dienste ihrer Mitglieder zu verschaffen[153]). Wem leisten die Gruppenmitglieder dann die Arbeit? Es besteht kein Zweifel, daß sie dem Verein geleistet wird. Ohne Zweifel (vgl. S. 19 u. 35) hat der Verein auch das Direktionsrecht gegenüber den Gruppenmitgliedern, d. h. er kann z. B. den Hausmeister anweisen, zu einer bestimmten Zeit den Garten in bestimmter Weise in Ordnung zu bringen. Ebenfalls haben die Frau und die Tochter die Pflicht, nach seinen Anweisungen zu arbeiten. Es ist allerdings möglich, daß der Verein sein Direktionsrecht hinsichtlich der Angehörigen ganz oder teilweise dem Hausmeister zur Ausübung im Namen des Vereins überträgt. Das ist aber für unsere Beurteilung gleichgültig. Da also das einzelne Gruppenmitglied dem Verein abhängige Arbeit leistet, so ergibt sich daraus, daß es Arbeitnehmer des Vereins wird.

Wir sehen aus diesem Beispiel, daß die Mitglieder einer Gruppe, die mit einem Unternehmer einen Dienstverschaffungsvertrag abgeschlossen hat, Arbeitnehmer des Arbeitsempfängers werden. Hueck[154]) kommt zu demselben Ergeb-

[152]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 377.

[153]) In Wirklichkeit werden wohl meist von dem Ehemann bzw. Vater in seinem und im Namen seiner Angehörigen Einzelarbeitsverträge geschlossen werden.

[154]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 278.

nis: „Der Unterschied zum gewöhnlichen Arbeitsvertrag besteht nur darin, daß die Arbeitspflicht nicht auf einem einfachen Arbeitsvertrage beruht, sondern auf einem doppelten Vertrage, dem Gesellschaftsvertrage der Gruppenmitglieder untereinander und dem Dienstverschaffungsvertrag der Gruppe mit dem Unternehmer."[155]) Wir dürfen dieser Ansicht besonders deshalb zustimmen, weil wir es abgelehnt haben[156]), den Abschluß eines Arbeitsvertrages als essentiale des Arbeitnehmerbegriffs anzusehen, wie das Hueck[157]) tut. Wenn er auf Seite 278 die Gruppenangehörigen als Arbeitnehmer erklärt, obwohl sie nicht in direkten Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehen, so ist das nur ein weiterer Beweis für die Unrichtigkeit seines Arbeitnehmerbegriffs.

Wir sehen also, daß die Gruppenangehörigen in der Regel echte Arbeitnehmer des Unternehmers sind, daß lediglich sie dann, wenn die Gruppe einen Werkvertrag mit diesem abgeschlossen hat, nur eine mehr oder weniger arbeitnehmerähnliche Stellung einnehmen.

Es bleibt nun nur noch übrig, dieses Ergebnis auf die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers anzuwenden: Soweit diese mitarbeitenden Angehörigen mit dem Arbeitnehmer zusammen in einer Eigengruppe tätig werden, sind die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers selbst Arbeitnehmer[158]) des Unternehmers.

b). Das Gehilfenverhältnis.

Es wurde bereits gesagt, daß die Organisation von Familien zu Eigengruppen eine seltene Erscheinung ist, daß daher auch die Mitarbeit von Angehörigen in dieser Form sehr selten vorkommt. Der sekundäre Charakter der Mitarbeit von Angehörigen verträgt nur selten die in der Form der Eigengruppe liegende Gleichberechtigung der Mitglie-

[155]) Interessant ist die Stellungnahme der Praxis zu dieser Frage. Das LAG. Berlin (ArbGer. 1927 Sp. 286 f.) nimmt in dem dort behandelten Fall ebenfalls an, daß die Gruppenangehörigen Arbeitnehmer des Unternehmers werden. Die Entscheidung, die den Erfordernissen des Lebens Rechnung trägt, wird etwas gezwungen mit der Annahme direkter Vertragsbeziehungen begründet.

[156]) vgl. S. 3 ff.

[157]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 33.

[158]) bzw. arbeitnehmerähnlich.

der; diese Mitarbeit ist ihrem Charakter nach besser für die Form des Gehilfenverhältnisses geeignet.

Wir haben gesehen, daß der Gehilfe zum Hauptarbeiter in verschiedenen Beziehungen stehen kann[159]). Diese verschiedenen Beziehungen müssen natürlich auch auf das Verhältnis des Gehilfen zum Arbeitgeber ausstrahlen und einwirken.

1. Wenn der Hauptarbeiter den Gehilfen im Namen seines Arbeitgebers einstellt, so ist er nur dessen Vertreter. Seine Erklärungen wirken also gemäß § 164 BGB. unmittelbar für und gegen den Vertretenen, d. h. es entsteht in diesem Falle zwischen dem Unternehmer und dem Gehilfen des Arbeitnehmers ein echter Arbeitsvertrag, der Gehilfe wird Arbeitnehmer des Unternehmers. Dasselbe muß auch der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer als Vertreter seines Arbeitgebers mit einem Angehörigen in dieser Weise kontrahiert.

2. Die zweite Form des Gehilfenverhältnisses (der Hauptarbeiter nimmt den Gehilfen zwar in eigenem Namen an, stellt aber dessen Arbeit dem Unternehmer zur Verfügung) entspricht den tatsächlichen Verhältnissen des Lebens, soweit es sich um die Mitarbeit Angehöriger handelt, am häufigsten. Wie bei der Eigengruppe besteht hier ein „Innenverhältnis" (die Beziehungen des Arbeitnehmers zu seinen Angehörigen) und ein „Außenverhältnis", das einmal von den Beziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber, soweit es die Angehörigen betrifft, und zweitens — und das ist der hier interessierende Punkt — von den Beziehungen der Angehörigen zu dem Arbeitgeber (Unternehmer) gebildet wird. Das „Innenverhältnis" ist auf S. 44 ff. dargestellt worden. Wir hatten dort festgestellt, daß es sich verschieden gestalten kann, je nachdem, ob die Angehörigen

a. im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2, 1617 BGB.,
b. darüber hinaus unentgeltlich oder
c. entgeltlich

Arbeiten leisten. Zwischen dem Hauptarbeiter und dem Unternehmer besteht bezüglich der Mitarbeit der Angehörigen ein Dienstverschaffungsvertrag[160]).

[159]) vgl. S. 44.
[160]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 379, Molitor, SchlWes. 1926 S. 90.

Es ist nun zu untersuchen, in welche Rechtsbeziehungen die Angehörigen zu dem Unternehmer treten. Dabei wird man die drei verschiedenen Möglichkeiten des Innenverhältnisses nicht unberücksichtigt lassen dürfen.

Der (dritte) Fall der entgeltlichen Mitarbeit soll zuerst behandelt werden. Hier stehen der Hauptarbeiter und seine Angehörigen in einem Arbeitsvertragsverhältnis. Es fragt sich, ob die als Gehilfen tätigen Angehörigen auf Grund des zwischen dem Hauptarbeiter und dem Unternehmer geschlossenen Dienstverschaffungsvertrages in rechtliche Beziehungen zu dem letzteren treten. Nach Hueck[161]) ist „die Arbeitgeberstellung im Verhältnis zu dem Gehilfen hier in eigenartiger Weise zwischen dem Hauptarbeiter und dem Unternehmer geteilt. Der Anspruch auf die Arbeitsleistung steht dem Hauptarbeiter zu, das Leitungsrecht aber dem Unternehmer. Der Gehilfe ist dem Hauptarbeiter gegenüber verpflichtet, sich den Weisungen des Unternehmers in bezug auf die Arbeitsleistung zu fügen". Man kann dieser Ansicht, die den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, zustimmen. Der Hauptarbeiter hat gegenüber dem Gehilfen den Anspruch auf die Arbeitsleistung, die Leitungsbefugnis aber steht beim Dienstverschaffungsvertrage dem Arbeitsempfänger zu[162]). Damit sind aber die Beziehungen zwischen dem Unternehmer und den Angehörigen des Hauptarbeiters noch nicht geklärt. Es bleibt die Frage offen, wer im Verhältnis zu den als Gehilfen mitarbeitenden Angehörigen als Arbeitgeber anzusehen ist. Der von Hueck a. a. O. anscheinend angenommenen doppelten Arbeitgebereigenschaft stehen dieselben Bedenken gegenüber, die Levin-Guradze[163]) gegenüber dem von Hedemann[164]) konstruierten „Innenarbeitgeber" mit Recht vorgebracht hat.

Es muß daher versucht werden, eindeutig festzustellen, wer der Arbeitgeber des als Gehilfen tätigen Angehörigen ist. Für die Arbeitgebereigenschaft des Hauptarbeiters spricht, daß dieser mit dem Gehilfen einen Arbeitsvertrag geschlossen

---

[161]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 379.
[162]) vgl. Dalberg JW. 1911 S. 141 und unten S. 19, 35.
[163]) vgl. Levin-Guradze ArbR. 1924 S. 663 ff.
[164]) vgl. Hedemann NZfA. 1924 Sp. 257 ff.

hat, und daß er dem letzteren den Lohn zahlt. Dagegen spricht zunächst, daß er die Leitungsbefugnis (das Direktionsrecht) nicht hat. Immerhin ist das kein sehr gewichtiges Gegenargument, da die Uebertragung des Direktionsrechts zum Zwecke der Ausübung im Namen eines Anderen im Arbeitsrecht keine Seltenheit ist. Schwerer wiegt schon der Umstand, daß dem Hauptarbeiter die Arbeit tatsächlich garnicht geleistet wird. Zu diesem wirtschaftlichen Moment kommt ein weiteres derselben Art hinzu: Der Gehilfe hat zwar seinen Lohnanspruch nur gegen den Hauptarbeiter, erhält aber wirtschaftlich doch den Lohn vom Unternehmer; dieser ist der eigentliche Lohnzahler. Denn er bemißt den Lohn des Hauptarbeiters so, daß dieser den Gehilfen bezahlen kann. Wenn der Hauptarbeiter keinen Gehilfen stellen würde, würde er ein geringeres Entgelt erhalten. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß der Unternehmer wirtschaftlich der Arbeitgeber des Gehilfen ist.

Wie sich nun die Grammatik nach der Sprache richtet, so muß sich das Recht den tatsächlichen Verhältnissen des Lebens anpassen; denn das Recht ist für das Leben da. Wenn also der Unternehmer wirtschaftlich der Arbeitgeber des Gehilfen ist, so muß er es auch rechtlich sein. Es fragt sich nur, wie diese Behauptung rechtlich zu begründen ist.

Zwischen dem Hauptarbeiter und dem Gehilfen besteht ein Arbeitsvertrag. Dieser nur im Interesse des Unternehmers abgeschlossene Arbeitsvertrag wäre ohne den zwischen dem Unternehmer und dem Hauptarbeiter bestehenden Dienstverschaffungsvertrag sinnlos. Schon aus dieser Feststellung und aus der Tatsache, daß infolge des Dienstverschaffungsvertrages, der hier, im Gegensatz zu den Dienstverschaffungsverträgen mit den Unternehmern etwa von Eilboteninstituten, ein dauernder ist, das Direktionsrecht dauernd dem Unternehmer zusteht — dieses Ausübenlassen des Direktionsrechts gehört zudem auch zum Inhalt des Arbeitsvertrags zwischen dem Hauptarbeiter und dem Gehilfen — ergibt sich, daß der Arbeitsvertrag als solcher in gewisser Weise rudimentär, unvollkommen ist. Er kann seine Zweckbestimmung erst erfüllen, wenn der Dienstverschaffungsvertrag hinzutritt.

Der Gehilfe ist also mit dem Unternehmer durch zwei Verträge, den rudimentären Arbeitsvertrag mit dem Hauptarbeiter und den Dienstverschaffungsvertrag zwischen diesem und dem Unternehmer, verbunden. Das muß zur Begründung seiner Arbeitnehmereigenschaft gegenüber dem Unternehmer genügen[165]).

Es liegt hier ein ähnlicher Fall vor wie bei der Eigengruppe. Nach Hueck[166]) sind, wie wir auf S. 52 sahen, die Mitglieder einer Eigengruppe durch den Gesellschaftsvertrag und den Dienstverschaffungsvertrag Arbeitnehmer des Unternehmers. Wie dort die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft durch einen doppelten Vertrag möglich ist, so wird man diese Möglichkeit auch hier bejahen müssen, weil sich hier wie dort die beiden Verträge ergänzen, weil hier wie dort der eine Vertrag nur mit Rücksicht auf den anderen geschlossen wird. Die eventuelle Einwendung, dort liege ein Gesellschaftsvertrag, hier aber ein Arbeitsvertrag vor, wird dadurch widerlegt, daß dieser Arbeitsvertrag nur rudimentär ist, daß er ferner wie der Gesellschaftsvertrag ohne den Dienstverschaffungsvertrag zwecklos ist.

Als Ergebnis dieser Untersuchung sehen wir, daß die als Gehilfen des Arbeitnehmers entgeltlich mitarbeitenden Angehörigen Arbeitnehmer des Unternehmers sind.

Wie verhält es sich nun mit den als Gehilfen mitarbeitenden Angehörigen, die ihre Mitarbeit auf Grund und im Rahmen der §§ 1356 Abs. 2 und 1617 BGB. leisten? Auf S. 45 wurde dargelegt, daß im zweiten Fall des Gehilfenverhältnisses die Beziehungen zwischen dem Hauptarbeiter und dem Gehilfen nicht auf einem Arbeitsvertrage zu beruhen brauchen, und daß die Arbeit des Gehilfen z. B. auch auf Grund familienrechtlicher Verpflichtungen geleistet werden kann. Das Außenverhältnis ist auch hier ein Dienstverschaffungsvertrag, d. h. der Unternehmer weiß genau, daß die Angehörigen des Arbeitnehmers als dessen Gehilfen tätig werden sollen. Für

[165]) A. A. Büsing S. 58 ff., besonders S. 60. Seiner Ansicht kann hier nicht gefolgt werden, da seine Definition des Arbeitnehmers, in der er einen unmittelbaren Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer verlangt, in unserer Darstellung schon auf S. 3 f. abgelehnt worden ist.

[166]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 278.

diese Arbeit zahlt er deshalb auch. Wenn auch für die Arbeitsleistungen der Angehörigen ein besonderes Entgelt mit dem Arbeitnehmer nicht vereinbart ist, so kommt doch die Bezahlung für diese Arbeiten in dem erhöhten Lohn des Hauptarbeiters zum Ausdruck.

Das praktische Beispiel für diesen Fall bildet der Instmann mit seinen als Scharwerkern mitarbeitenden Angehörigen. Es fragt sich, ob diese Angehörigen Arbeitnehmer des Gutsherrn (Unternehmers) werden. Es bestehen nach den vorhergehenden Ausführungen keine Bedenken, diese Frage zu bejahen. Es sprechen dieselben Gründe dafür wie im vorigen Fall mit dem einzigen Unterschied, daß hier an die Stelle des rudimentären Arbeitsvertrages die auf die §§ 1356, 1617 BGB. beruhende familienrechtliche Verpflichtung tritt. Die Arbeitnehmereigenschaft wird also in diesem Falle durch die zwischen dem Arbeitnehmer und den Angehörigen bestehende familienrechtliche Verpflichtung und durch den zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmer geschlossenen Dienstverschaffungsvertrag begründet.

Wie sehr diese Lösung den Anschauungen des Lebens entspricht, beweist die Tatsache, daß der Gutsbesitzer die Scharwerker stets als seine Arbeitnehmer ansehen wird. Er bezahlt ja auch ihre Dienste, indem er das Entgelt des Instmannes erhöht[167]).

---

[167]) Kaskel S. 110 verneint die Arbeitnehmereigenschaft der Scharwerker gegenüber dem Gutsherrn, indem er auf Schlegelberger S. 44 verweist. Schlegelberger sucht seine Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft der Hofgänger gegenüber dem Gutsbesitzer mit der „geschichtlichen Entwicklung" und den „beobachteten Tatumständen" zu begründen. Der Gutsherr kümmere sich um die Annahme der Hofgänger nicht. Es genüge ihm, daß eine ständige Arbeitskraft in der vereinbarten Güte gestellt werde. Es sei auch unerheblich, wenn der Landwirt den Hofgänger selbst entlohne. Der Instmann übertrage dem Landwirt sein Direktionsrecht „mit der beabsichtigten Wirkung, daß der Hofgänger diesem direkt und unmittelbar zu gehorchen hat".

M. E. ist die Begründung Schlegelbergers nicht stichhaltig, wenn er meint, die Arbeitnehmereigenschaft des Hofgängers werde gegenüber dem Gutsherrn dadurch ausgeschlossen, daß dieser sich um die Annahme des Hofgängers nicht kümmere und es ihm genüge, eine ständige Arbeitskraft in vereinbarter Güte zu erhalten. Wenn der Gutsherr den Instmann verpflichtet, Hofgänger zu stel-

Wenn endlich die Angehörigen über die §§ 1356, 1617 BGB. hinaus, aber unentgeltlich als Gehilfen mitarbeiten, und der Hauptarbeiter einen Dienstverschaffungsvertrag mit dem Unternehmer geschlossen hat, wird man ihnen wie in den beiden vorigen Fällen die Arbeitnehmereigenschaft gegenüber dem Unternehmer nicht absprechen dürfen. Sie beruht hier ebenfalls auf einem doppelten Vertrage (Vertrag über die Leistung unentgeltlicher Dienste — vgl. S. 17 f. — und Dienstverschaffungsvertrag). Auch dieser Fall des Gehilfenverhältnisses kann beim Instmann und seinen Angehörigen vorkommen, nämlich dann, wenn die Angehörigen, obwohl aus irgendwelchen Gründen ihre gesetzliche Arbeitspflicht nicht oder nicht in diesem Umfange besteht, Arbeiten leisten.

Die hier vertretene Auffassung entspricht auch dem Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, der in seinem § 110 bestimmt, daß der Arbeitgeber, wenn „der Arbeitnehmer nach Vereinbarung oder Ortsübung zur Stellung eines Gehilfen verpflichtet" ist, „im Zweifel auch diesem gegenüber die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers" hat.

3. Bei der dritten Form des Gehilfenverhältnisses hat der Hauptarbeiter mit dem Gehilfen im allgemeinen einen echten Arbeitsvertrag geschlossen. Von einem Dienstverschaffungsvertrag mit dem Unternehmer ist hier keine Rede. Der Gehilfe steht daher in diesem Falle weder in direkten, noch in indirekten Vertragsbeziehungen zu dem Unternehmer[168]).

Die Art des „Innenverhältnisses", des Verhältnisses des Hauptarbeiters zu dem als Gehilfen mitarbeitenden Angehörigen, ist hier völlig gleichgültig. Mag der Angehörige zu seiner Mitarbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages oder eines Auftrages verpflichtet sind, mag er sie auf Grund des § 1356

---

len, so kümmert er sich doch damit erheblich um die Annahme der Arbeitskräfte. Mehr tut doch schließlich ein anderer Arbeitgeber, der seinen Hauptarbeiter Gehilfen einstellen läßt, auch nicht. Da es im allgemeinen jedem Arbeitgeber genügt, ständige Arbeitskräfte in vereinbarter Güte zu haben, so ist auch dieses Argument Schlegelbergers nicht geeignet, seine Stellungnahme zu stützen. Die übrigen tatsächlichen Umstände (Lohnzahlung durch den Landwirt selbst, Innehabung des Direktionsrechts) sprechen erst recht für die hier vertretene Ansicht.

[168]) vgl. Hueck, Lehrbuch S. 380.

Abs. 2 oder des § 1617 BGB. leisten, immer fehlt der Dienstverschaffungsvertrag, der in dem unter 2. behandelten Falle des Gehilfenverhältnisses die Verbindung mit dem Unternehmer herstellte. Der Angehörige hat daher in diesem Falle keine Ansprüche als Arbeitnehmer gegenüber dem Unternehmer, es sei denn, daß dieser ihm aus unerlaubter Handlung verpflichtet wird, eine Verpflichtung, die sich bei der Verletzung von Arbeitnehmerschutzbestimmungen ergeben kann.

So das geltende Recht, dessen Regelung in der Praxis zu unbilligen Härten führen kann und zwar besonders dann, wenn der Hauptarbeiter, der hier vielfach „Zwischenmeister" genannt wird, infolge seiner wirtschaftlichen Schwäche — er ist ja gleichzeitig Arbeitnehmer — die Lohnzahlung nicht leisten kann, ein Fall, der für Angehörige praktische Bedeutung dann erlangt, wenn sie gegen Entgelt mitarbeiten. Der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes trägt diesem Umstand Rechnung, indem er in seinem § 111 den Unternehmer für die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten des Zwischenmeisters gegenüber den von diesem beschäftigten Arbeitnehmern als selbstschuldnerischen Bürgen haften läßt.

Die Abgrenzung der verschiedenen Fälle des Gehilfenverhältnisses ist in der Praxis nicht leicht, da sich immer wieder zeigt[169]), daß die Unternehmer, um sich den Arbeitgeber-

---

[169]) vgl. die bei Baum unter Nr. 325 ff. veröffentlichten Entscheidungen, besonders Nr. 325, 327, 328, 329, 330, 331.

325: Die Kläger haben von der Beklagten verdienten Arbeitslohn gefordert. Bekl. hat Abweisung der Klage beantragt und sich auf ein sog. „Vertragsbuch" berufen, in welchem die Kläger durch ihre Unterschrift „sich hiermit voll und ganz einverstanden erklären, daß sie ihren Lohn nicht von der Firma F., sondern von dem Zwischenmeister Herrn H. zu verlangen haben". Das GG. Hamburg hat im Urteil vom 12. 10. 1903 die Beklagte als Arbeitgeberin angesehen.

327: Das GG. Solingen hat im Urteil vom 14. 2. 01 angenommen, daß ein Ziegeleibesitzer Arbeitgeber der vom Ziegelmeister angenommenen Arbeiter ist. Das LG. Elberfeld hat im Urteil vom 25. 11. 01 das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

329: Es handelt sich um einen Vertrag zwischen einem Zimmermeister und einem Bauunternehmer, nach dem ersterer die Arbeiter zu stellen hat und für jeden Arbeiter einen bestimmten Stun-

pflichten zu entziehen, einen Zwischenmeister einschieben, der als Arbeitgeber der Gehilfen zu figurieren hat. Damit ist dann der dritte Fall des Gehilfenverhältnisses gegeben, der die Stellung der Gehilfen hinsichtlich der Sicherheit der Zahlung ihres Lohnes wesentlich verschlechtert. Die Rechtsprechung hat daher immer zu prüfen, und tut dies auch, ob der Zwischenmeister tatsächlich als Unternehmer anzusehen ist, oder ob nicht der erste oder der zweite Fall des Gehilfenverhältnisses, in denen die Lage der als Gehilfen mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers weitaus gesicherter ist, vorliegt. Häufig kann man dann zu dem Ergebnis kommen[170]), daß die Gehilfen des Hauptarbeiters, die prima facie als dessen Arbeitnehmer erscheinen, in Wirklichkeit Arbeitnehmer des Unternehmers sind. Es bleiben aber zahlreiche Fälle übrig, in denen der Hauptarbeiter (Zwischenmeister) Arbeitgeber der Gehilfen ist, sodaß diese sich nicht an den Unternehmer halten können, obwohl dieser den Erfolg ihrer Arbeitsleistungen erhält.

Diesem Mißstand tritt ein besonders sozialer Zweig unserer Gesetzgebung, das Recht der Sozialversicherung, für sein Gebiet entgegen, indem es die Bahnen des bürgerlichen Rechts verläßt und eigene, seinen Bedürfnissen angepaßte Wege beschreitet.

2). Die versicherungsrechtliche Seite.

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers zu dessen Arbeitgeber in unmittelbaren, in mittelbaren und in gar keinen Vertragsbeziehungen stehen können. Das erste ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Angehörigen im Namen des Arbeitgebers annimmt, es ist ferner bei der Eigengruppe möglich, wenn die Gruppenangehörigen Einzelarbeitsverträge mit dem

denlohn erhält. Das GG. Rixdorf hat im Urteil vom 29. 6. 05 erkannt, daß der Zimmermeister Arbeitgeber ist.

330: Die Frage, ob die Bauarbeiter den Lohn gegen den Bauherrn einklagen können, wenn sie von einem Strohmann angenommen sind, ist von den Gewerbegerichten in München, Magdeburg und Stettin bejaht worden. Der Bauherr ist als Arbeitgeber angesehen worden. Das LG. Stettin hat aber das Urteil des GG. Stettin aufgehoben.

[170]) vgl. die unter 2). zitierten Entscheidungen.

Unternehmer abschließen. In mittelbare Vertragsbeziehungen treten die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers zum Unternehmer, wenn die Eigengruppe mit diesem einen Dienstverschaffungsvertrag schließt, oder wenn der Arbeitnehmer die Angehörigen zwar in eigenem Namen annimmt, ihre Arbeitsleistungen aber dem Unternehmer zur Verfügung stellt. Ueberhaupt keine Vertragsbeziehungen zum Unternehmer bestehen, wenn die Eigengruppe einen Werkvertrag mit ihm abschließt, oder wenn der Arbeitnehmer (Zwischenmeister) die Angehörigen im eigenen Namen als Gehilfen annimmt, ohne bezüglich ihrer Arbeitsleistungen einen Dienstverschaffungsvertrag mit dem Unternehmer zu schließen.

Im folgenden sollen nun die versicherungsrechtlichen Verhältnisse der mitarbeitenden Angehörigen untersucht werden, und zwar sollen dabei die verschiedenen Beziehungen, in denen die Angehörigen zu dem Arbeitgeber (Unternehmer) stehen können, in der Weise berücksichtigt werden, daß diese Verschiedenheit zur Einteilung der Untersuchung dient.

a). Die in unmittelbaren Vertragsbeziehungen zum Arbeitgeber stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers.

Diese Verhältnisse bieten keine Schwierigkeiten, da sie dieselben wie bei gewöhnlichen Arbeitnehmern sind; denn die mitarbeitenden Angehörigen sind ja in diesen Fällen Arbeitnehmer des Arbeitgebers. Ihre Versicherungspflicht ergibt sich daher für die Krankenversicherung aus § 165 RVO., für die Unfallversicherung aus § 544 RVO., für die Invalidenversicherung aus § 1226 RVO., für die Arbeitslosenversicherung aus § 69 des Gesetzes über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, für die Angestelltenversicherung aus § 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes.

Bedenken könnten für die Krankenversicherung und für die Invalidenversicherung dann entstehen, wenn die Angehörigen von dem Arbeitgeber direkt kein Entgelt erhalten, wenn dieses vielmehr in dem Lohn des arbeitnehmenden Ehegatten oder Elternteils enthalten ist. Eine solche Entlohnung genügt jedoch dem im § 160 RVO. aufgestellten Begriff des Entgelts, sodaß auch in diesem Falle die Angehörigen entgeltlich ar-

beiten[171]). Für die Unfallversicherung kann dieses Bedenken nicht auftauchen, da hier keine entgeltliche Beschäftigung verlangt wird.

b). Die in mittelbaren Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers.

Wir haben gesehen, daß die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers in diesen Fällen durch den Gesellschaftsvertrag, den Arbeitsvertrag, den Auftrag oder durch die auf die §§ 1356 Abs. 2, 1617 BGB. beruhende Verpflichtung zur Mitarbeit auf der einen Seite und den Dienstverschaffungsvertrag auf der anderen Seite echte Arbeitnehmer des Unternehmers werden. Schon damit ist ihre Versicherungspflicht in demselben Maße gegeben, wie sie für die auf Grund eines einfachen Arbeitsvertrages von dem Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer besteht.

Die Praxis der Sozialversicherung ist hier einen anderen Weg gegangen, indem sie bei der Beurteilung dieser Verhältnisse zivilrechtliche und formale Erwägungen zurückstellte und die wirtschaftliche und tatsächliche Lage in den Vordergrund schob. Sie kam so zu dem Begriff des „mittelbaren Arbeitsverhältnisses“[172]), mit dessen Hilfe sie die Versicherungspflicht zunächst all der Beschäftigten begründete, die nicht von dem Arbeitgeber direkt, sondern von einem Mittelsmann in der Weise angenommen sind, daß der Mittelsmann ihre Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt. So ist die Versicherungspflicht der Hofgänger als Arbeitnehmer des Gutsbesitzers vom Reichsversicherungsamt mehrfach ausgesprochen worden[173]). Ein mittelbares Arbeitsverhältnis hat ferner das Reichsversicherungsamt bei der Mitarbeit der Ehefrau des Arbeitnehmers dann für vorliegend erachtet, wenn „von vornherein, auch ohne ausdrückliche Erklärung, auf die Mitwirkung der Ehefrau gerechnet und der Lohn danach be-

---

[171]) vgl. Anl. Nr. 21. Hanow-Hoffmann § 160 Anm. 3 und außer den dort angeführten Entscheidungen des RVA. ferner die Entscheidungen AN. 1900 S. 830, 1903 S. 369 f. am Ende; RVO. der Mitgl. § 160 Anm. 2d.

[172]) vgl. Anl. Ziff. 14.

[173]) vgl. AN. 1891 S. 124; 1893 S. 68.

messen" wird[174]), also in Fällen, in denen der Arbeitnehmer bezüglich seiner Ehefrau zum mindesten stillschweigend einen Dienstverschaffungsvertrag mit dem Arbeitgeber geschlossen hat. Dasselbe gilt auch von der Mitarbeit der anderen Angehörigen[174]) [175]).

c). Die in keinen Vertragsbeziehungen zum Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers.

Die Praxis der Sozialversicherung ist aber noch weiter gegangen. Konnte man in den unter b). behandelten Fällen zwischen dem Unternehmer und den mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers, wenn auch nur durch Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Dienstverschaffungsvertrages, mittelbare Vertragsbeziehungen zwischen den in Frage kommenden Parteien konstruieren, so ist das in den jetzt zu betrachtenden Fällen auch bei größter Weitherzigkeit nicht möglich.

In seiner von zivilrechtlichen Gedankengängen freien, auf rein wirtschaftlichen Ueberlegungen aufgebauten Rechtsprechung hat das Reichsversicherungsamt auch noch in diesen Fällen die Versicherungspflicht der mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers bejaht, wenn wenigstens einige Merkmale für das Vorhandensein eines Beschäftigungsverhältnisses sprechen. Grundlegend ist hierfür ein Bescheid des Reichsversicherungsamts in den Amtlichen Nachrichten 1901 S. 637 f., in dem es sagt: „Was endlich die Beitragspflicht des Hauseigentümers für solche mithelfenden Personen betrifft, welche der Hausreiniger ohne Wissen und Willen des Eigentümers zu seiner Unterstützung annimmt, so kommt dabei . . . insbesondere in Betracht, ob der Hausbesitzer nach Lage der Umstände annehmen muß, daß der Hausreiniger zur Ausführung der ihm übertragenen Arbeiten einer Mithilfe bedarf. Ist dies der Fall, so wird die Versicherungspflicht des Hausbesitzers zur Beitragsleistung für die mithelfenden Personen gegeben sein."

---

[174]) vgl. Anl. Ziff. 14.

[175]) vgl. außer den unter 3) zitierten Entscheidungen etwa AN. 1904 S. 504.

Das RVA. nimmt also ein „mittelbares Arbeitsverhältnis" auch dann an, wenn der „mittelbare Arbeitnehmer" in überhaupt keinen Vertragsbeziehungen zum Unternehmer steht. Voraussetzung dafür ist nur, daß der Unternehmer „nach Lage der Umstände" annehmen muß, daß der Hauptarbeiter der Mithilfe bedarf, um die ihm übertragenen Arbeiten ordnungsgemäß auszuführen. Man wird also sagen dürfen, daß die in keinen Vertragsbeziehungen zu dem Unternehmer stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers auch dann in einem mittelbaren Arbeitsverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts zum Unternehmer stehen, wenn der Arbeitnehmer sich ihrer Mitarbeit im Interesse seines Arbeitgebers bedient. Denn dieses Interesse des Arbeitgebers muß jedesmal dann vorhanden sein, wenn der Unternehmer „nach Lage der Umstände" annehmen muß, daß der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit nicht allein verrichten kann.

In konsequenter Anwendung des in diesem Bescheid ausgesprochenen Grundsatzes hat das Reichsversicherungsamt denn auch die Versicherungspflicht der unter den geschilderten Umständen mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers bejaht[176]).

Das Reichsversicherungsamt legt also das Schwergewicht auf die soziale und wirtschaftliche Seite und weniger auf „Form und Inhalt etwaiger Verträge"[177]).

Wenn die Mitarbeit der Angehörigen wirtschaftlich notwendig ist, dann ist das „mittelbare Arbeitsverhältnis" gegeben.

Diese wirtschaftliche Notwendigkeit kann man aber nicht annehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Angehörigen nur deshalb mitarbeiten läßt, damit er weniger zu arbeiten hat. In diesen Fällen verneint das Reichsversicherungsamt mit Recht das Vorliegen eines „mittelbaren Arbeitsverhältnisses"[178]). Wenn der Arbeitnehmer sich der Mitarbeit seiner Angehörigen nur zu seiner Bequemlichkeit bedient, so stehen diese zum

---

[176]) vgl. etwa AN. 1903 S. 369; 1905 S. 434; 1895 S. 108; 1906 S. 641; 1915 S. 409.

[177]) Vgl. AN. 1905 S. 434.

[178]) Anl. Ziff. 14; AN. 1901 S. 637; 1912 S. 870.

Arbeitgeber auch versicherungsrechtlich in keinem Arbeitsverhältnis. Dasselbe ist der Fall, wenn die Angehörigen gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers beschäftigt werden[178]). Auch diese Ansicht des Reichsversicherungsamtes entspricht dem Rechtsgefühl; denn man muß dem Arbeitgeber das Recht zugestehen, die Ausführung der für ihn und auf seine Gefahr zu leistenden Arbeiten in der ihm passenden Weise zu regeln, selbst wenn sie seinem eigenen Interesse zuwiderlaufen.

Als Ergebnis dieser Untersuchungen können wir somit feststellen, daß auch die in keinen Vertragsbeziehungen zum Arbeitgeber stehenden mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers in einem „mittelbaren Arbeitsverhältnis" zu dem ersteren stehen, sofern sie vom Arbeitnehmer nicht zu seiner Bequemlichkeit oder gegen den Willen des Arbeitgebers zur Mitarbeit herangezogen werden.

d). Anhang. Die mitarbeitenden Angehörigen von Kleinakkordanten.

Nicht selten finden wir die Mitarbeit von Angehörigen bei den sog. Kleinakkordanten. Die Stellung dieser Kleinakkordanten ist insofern eine eigenartige, als sie Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer Person sind. Das Verhältnis des Kleinakkordanten zu seinen Hilfskräften ähnelt daher sehr der dritten Form des Gehilfenverhältnisses, was äußerlich auch dadurch zum Ausdruck kommt, daß sowohl der Hauptarbeiter als der Kleinakkordant häufig „Zwischenmeister" genannt zu werden pflegen.

Wann nun der Kleinakkordant als Unternehmer oder als Arbeitnehmer anzusehen ist, steht hier nicht zur Beurteilung. Es soll hier nur gesagt werden, daß eine Entscheidung nur nach Lage des Einzelfalles zu treffen ist. Versicherungsrechtlich kommen für diese Entscheidung auch hier weniger formalrechtliche als tatsächliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte in Frage. „Es kommt wesentlich darauf an, ob der Betrieb für seine (des Kleinakkordanten) oder eines Anderen Rechnung erfolgt, ob der Betreffende für sich in dem Sinne arbeitet, daß er über die Produkte seiner Arbeit nach freiem Belieben verfügen kann, oder ob er für einen Anderen arbeitet,

der die Erzeugnisse verkauft und damit den Unternehmergewinn für sie erzielt."[179]) Wenn das der Fall ist, ist der Kleinakkordant wenigstens versicherungsrechtlich Arbeitnehmer.

Es fragt sich nun, ob damit auch die mitarbeitenden Angehörigen des Kleinakkordanten in ein „mittelbares Arbeitsverhältnis" zu dem Unternehmer treten. Diese Frage hat das Reichsversicherungsamt verschiedentlich bejaht[180]), und zwar mit denselben Gründen, die ihm für die Annahme des „mittelbaren Arbeitsverhältnisses" in den unter b) und c) behandelten Fällen maßgebend waren. Es kann daher hier auf die dort gemachten Ausführungen Bezug genommen werden.

Schlußwort.

Unsere Untersuchung hat gezeigt, daß die mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers in der Regel selbst Arbeitnehmer des Arbeitgebers werden.

Diese Feststellung war einerseits in dogmatischer Hinsicht wichtig: Sie sollte die schon in der Einleitung aufgestellte Lehre unterstützen, daß das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und die Vereinbarung eines Entgelts nicht wesentlich für den Arbeitnehmerbegriff sind, andererseits hat sie auch praktische Bedeutung: Es hat sich gezeigt, daß man im Versicherungsrecht unter Umständen auch ohne die Annahme eines „mittelbaren Arbeitsverhältnisses" auskommen kann[181]), und das ist auch für das private Arbeitsrecht und somit für die Arbeitsgerichtspraxis nicht unwesentlich. Für die Frage der Zuständigkeit[182]) ist es von ausschlaggebender Bedeutung, ob die mitarbeitenden Angehörigen eines Arbeitnehmers selbst Arbeitnehmer sind, da das Arbeitsgericht gemäß §§ 2, 3 ArbGerGes. im allgemeinen nur für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zuständig ist. Fer-

---

[179]) vgl. AN. 1892, S. 35.

[180]) vgl. Anl. Ziff. 14 letzter Absatz, ferner AN. 1892 S. 35; 1892 S. 36; 1906 S. 513; Archiv f. R. 1914 Nr. 1220 S. 124.

[181]) vgl. S. 63.ff.

[182]) vgl. auch S. 47 Fußnote 141.

ner spielt die Frage eine Rolle bei der Besetzung der Arbeitsgerichtsbehörden, da nach §§ 16, 35, 41 ArbGerGes. die nichtrichterlichen Beisitzer zur Hälfte aus den Kreisen der Arbeitnehmer entnommen werden müssen.

Die rechtliche Lage der mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers ist nach dem herrschenden Recht, wie wir gesehen haben, nicht immer eine glückliche zu nennen, da es geschäftsgewandten Unternehmern verhältnismäßig häufig möglich sein wird, die eigentlich ihnen obliegenden Arbeitgeberpflichten auf andere, wirtschaftlich schwächere Schultern abzuwälzen, während sie selbst den durch die Mitarbeit der Angehörigen erzielten Gewinn erhalten.

Die §§ 110, 111 des Entwurfs eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes werden hier, wenn sie Gesetz werden sollten, eine Besserung zugunsten der mitarbeitenden Angehörigen des Arbeitnehmers herbeiführen.

Lebenslauf.

Am 14. Juni 1905 wurde ich, Friedrich Karl Dannenberg, als Sohn des Regierungsoberinspektors Karl Dannenberg und seiner Ehefrau Katharina, geb. Richter, in Magdeburg geboren. Ich bin Christ evangelischer Konfession und Preuße.

Nach Erlangung des Reifezeugnisses des Städt. Realgymnasiums in Münster i. W. vom 21. Februar 1924 studierte ich im S.-S. 1924, W.-S. 1924/25, S.-S 1925 in Münster, im W.-S. 1925/26 in Jena und dann wieder bis zum S.-S. 1927 einschließlich in Münster Rechtswissenschaft, worauf ich am 14. und 16. Februar 1928 beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Seit dem 15. März 1928 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 17. Juli 1930.

Es ist mir ein Bedürfnis, auch an dieser Stelle meinen verehrten Herren Lehrern, insbesondere Herrn Professor Dr. Kreller für seine liebenswürdige Hilfe bei der Anfertigung der vorliegenden Arbeit, meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.